



ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE DI DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI  
ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT DES ASSURANCES  
INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR INSURANCE LAW  
INTERNATIONALE VEREINIGUNG FÜR VERSICHERUNGSRECHT  
ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS  
SEZIONE TOSCANA



FONDAZIONE  
**CESIFIN**  
ALBERTO PREDIERI

centro per lo studio delle istituzioni finanziarie  
promosso dall'ente cassa di risparmio di firenze

# L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI CONTINUITÀ O ROTTURA CON IL PASSATO?

*a cura di*  
**Sara Landini**

**cesifin** on line

[www.cesifin.it](http://www.cesifin.it)

ISBN 978-8898742004



9 788898 742004

La pubblicazione raccoglie le relazioni presentate in occasione degli eventi promossi dalla Fondazione CESIFIN ALBERTO PREDIERI e AIDA TOSCANA sui temi

*L'evoluzione del diritto delle assicurazioni: continuità o rottura col passato?*  
(venerdì 8 febbraio 2013)

*Assicurazione e responsabilità* (giovedì 18 aprile 2013 )

*Assicurazione e mercato finanziario* (giovedì 16 maggio 2013)



# L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI CONTINUITÀ O ROTTURA CON IL PASSATO?

## *Indice*

---

### **CHANGING INSURANCE LAW: CONTINUITY OR BREACH WITH THE PAST? ABSTRACT**

Sara Landini..... p. 7

### **L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE SULLA VITA TRA ESIGENZE SOCIALI E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E COMUNITARI: INTRODUZIONE**

Giovanna Volpe Putzolu..... p. 13

### **LA VIGILANZA NEL MERCATO ASSICURATIVO DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO *SPENDING REVIEW***

Paolo Panarelli ..... p. 21

### **LA VIGILANZA NEL MERCATO ASSICURATIVO DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO *SPENDING REVIEW***

Giuseppe Coco ..... p. 25

### **CONTROLLI INTERNI, RUOLO DEGLI ORGANI SOCIALI, GESTIONE DEL RISCHIO NEL SETTORE ASSICURATIVO**

Paolo Montalenti ..... p. 31

### **DIVIETO DI RINNOVO AUTOMATICO E COMMERCIALIZZAZIONE DEI PRODOTTI ASSICURATIVI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE AUTOMOBILISTICA**

Sara Landini..... p. 41

**CONTRIBUTO ALLA LETTURA DEGLI ARTICOLI 138 E  
139 DEL CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE**

Patrizia Pompei ..... p. 49

**ASSICURAZIONE RCA: NUOVE PROBLEMATICHE  
PER LIQUIDATORI E INTERMEDIARI**

Maria Gagliardi..... p. 61

**RESPONSABILITÀ DEGLI INTERMEDIARI E DELLE  
IMPRESE DI ASSICURAZIONI (TRA REGOLE E  
FORZATURE DELLA DISCIPLINA DELLE POLIZZE VITA)**

Gianluca Romagnoli..... p. 69

**IL PROBLEMA DELLA SANABILITÀ DELLA NULLITÀ  
RELATIVA NEI CONTRATTI FINANZIARI**

Marco Rizzuti ..... p. 87

**APPUNTI SULLA RELAZIONE TRA CONTRATTO DI  
ASSICURAZIONE E ALCUNI PRODOTTI FINANZIARI  
DERIVATI**

Luigi Giacomo Vigoriti..... p. 103



## **CHANGING INSURANCE LAW: CONTINUITY OR BREACH WITH THE PAST? AN OVERVIEW OF THE CONGRESS**

**Sara Landini\***

The congress of Aida Tuscany 2013 (conducted under the guidance of President Prof. Giuseppe Morbidelli) focuses on some changes in Italian case law and legislature with regard to insurance contracts.

The topic has been introduced by the magistral lesson of Prof. Giovanna Volpe Putzolu (University of Rome “La Sapienza”) who particularly criticized any assimilation of bank activity, financial market and insurance activity. The peculiarities of insurance contracts and the risk management procedures of insurance companies, that represent a fundamental requirement of insurance contracts, should be considered.

The first session of the congress was dedicated to Life Policies.

Two eminent Italian Professors (Prof. Paolo Efisio Corrias – University of Cagliari and Prof. Marco Frigessi di Rattalma University of Brescia) took position on this topic from different points of view: Italian Law and European Union Law.

The prevalent Italian case law makes a distinction between insurance life policies and linked policies. Italian judges assume that linked policies are atypical contracts with a hybrid content (*contratti misti*), consisting of life insurance and the purchase of financial products. So they must be evaluated according to the criterion of prevalent content, applicable to hybrid contracts, on the basis of which, where multiple types of contract, each with an independent content, are included in a single compound (hybrid or complex) transaction, the law governing the prevalent content applies (Parma High Court, 10.8.2010, in NGCC, 2011, 189 with a note by PALMETOLA, *Sulla pignorabilità delle polizze index linked*; Trani High Court 11.3.2008, *ibid.*, 2009, I, 130).

Prevalence is determined on the basis of some juridic and economic indicators  
Indicators of the prevalent financial nature are as follows:

1 - The existence of a single premium (Parma High Court 19.8. 2010; Cagliari High Court 2.11.2010).

2 - The fixed duration of the product for the whole life (Parma High Court 19.8. 2010; Cagliari High Court 2.11.2010).

3 - Profitability based on financial factors, not on demographic variables (Parma High Court 19.8. 2010; Venice High Court 24 June 2010; Cagliari High

---

\* Università degli Studi di Firenze e Chairman of the Motor Insurance Working Party Aida World

Court 2.11.2010; Turin Court of Appeal 16. 11. 2009; Trani High Court, 11 March 2008).

The latter is the most relevant point. In this respect, note in particular:

The Turin Court of Appeal, 16 November 2009 affirmed: “<Unit-linked> or <index-linked> policies involve the purchase of a financial instrument in which the risk (relating to the performance of that instrument) is run by the investor, and depends not on the time factor, but on the dynamics of the financial markets, the return on the investment and the solvency of the issuer.”

The Trani High Court, 11 March 2008, hold: “Unit-linked insurance policies, in accordance with which the contractual insurance services are directly connected with the value of units in an investment fund, without any guarantee of a result in the policyholder’s favour, regardless of what they are called, involve the purchase of a financial instrument, namely a proportion of a unit trust; the bank, which has acted as intermediary in the subscription of unit-linked policies, must comply with the information obligations laid down by Legislative Decree no. 58/1998 and Consob Regulation no. 11522/1998”.

The Cagliari High Court, 02 November 2010, stated that: “The contract whereby the insurer, on payment of a premium paid in full at the time of signature, undertakes to pay an amount, connected with predetermined reference indexes, on a “whole life” basis (namely on death, which in practice is a certain event), is covered by the general terms of Article 2 of the Insurance Code relating to ‘linked’ policies, but does not constitute a life insurance policy because it lacks the demographic risk factor, and therefore cannot be held to be subject to the terms of Article 1923 of the Civil Code.”

Moreover we have to take into account that according to art. 25-bis of TUF (Consolidated law on finance - legislative decree 58/1998), introduced by law 262 of 28.12.2005 and later amended by art. 3, Legislative Decree no. 303 of 29.12.2006: “Articles 21 and 23 TUF shall apply to the subscription and placement of financial products issued by banks and by insurance companies”. Thus TUF works also with regard to financial products issued by insurance companies such as linked policies.

From the European Union Law point of view we have to remember the judgment by European Court of Justice (Fifth Chamber) dated March 1 st 2012 in re C-166-11, *Ángel Lorenzo González Alonso v Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E.* It states that “contracts which are ‘unit-linked’ or ‘linked to investment funds’, such as that concluded by Mr González Alonso, are common in insurance law. Thus, the European Union legislature took the view that that type of contract falls within a class of life assurance, as is clear from Annex I, point III to the Life Assurance Directive, read in conjunction with Article 2(1)(a) of that directive.”.

Moreover we have to consider the EU Commission Draft dated 3 July 2012 that represents an overview of relevant EU legislation and current policy



initiatives, it affirms that “in order to ensure cross-sectoral consistency, the revision of the IMD will take into account the on-going revision of MiFID as well as the upcoming PRIPs initiative. It means whenever the regulation of selling practices of life insurance products with investment element (PRIPs insurance) is concerned, IMD should meet at least similar consumer protection standards as the revised MiFID. PRIPs insurances are retail investment products packaged as life insurance, such as unit-linked life insurance for example....Consumer protection standards for the sale of insurance PRIPs are not sufficient at EU level as IMD does not contain special rules for the sale of complex life insurance products with investment elements. Currently, those products are sold under the general rules for the sale of insurance products although these products are very different in nature and represent higher risks for unprofessional buyers. There is market evidence of a very high number of complaints regarding the sale of unit-linked insurance products in many Member States.” The European Commission, while considering some peculiarities of financial products issued by insurance companies, affirms that they are still insurance policies.

The second session of the congress concerned the reform of the Insurance Market Supervisory Authority.

Eminent Professors and economic operators took position about the new scenario that seems to determine a process integrating the supervision both of the insurance and banking sectors.

In this part of the congress we have had the intervention of Prof. Michele Siri (University of Genova), dr. Paolo Panarelli (General Director of Consap – Company of Public Insurance Services); Prof. Paolo Garonna (President of Febaf Federation of Banks and Insurers); Prof. Giuseppe Coco (University of Florence and MISE- Ministry of Economic development); Dr. Giovanni Paolo Polizzi (responsible director for legal coordination - Ivass)

In Italy financial markets are under the control of four public Authorities:

\*The Bank of Italy is the central bank of the Republic of Italy and part of the European System of Central Banks (ESCB) and the Eurosystem. It aims at general interest in monetary and financial matters: price stability, the primary objective of the Eurosystem under the Treaty establishing the European Community (the EC Treaty); the stability and efficiency of the financial system and the other duties entrusted to it by Italian law.

\*Consob is responsible for regulating the Italian securities market. It aims at the protection of the investing public, ensuring transparency and fair conduct by securities market intermediaries; disclosure of complete and accurate information to the investing public by listed companies; accuracy of the facts represented in the prospectuses related to offerings of securities to the investing public; compliance with regulations by auditors.

\*Covip is the Supervisory Authority for Pension Funds.

\*Isvap was the supervisory Authority for the Insurance Industry.

Art. 13, decree-law no. 95 of 6 July 2012 ( converted, after amendment, by law no. 135 of 7 August 2012, containing “urgent measures for reviewing public spending with unchanged services for citizens and measures to strengthen the capital of undertakings in the banking sector”) establishes the “Institution for the supervision of insurance” (IVASS) the new Supervisory Authority for the Insurance Industry. The management bodies of IVASS are closely aligned with the Bank of Italy, for example, its President is the General Manager of the Bank of Italy.

Moreover IVASS, issued new guidelines regarding inspection procedures. These guidelines, published definitively on 14th February 2013, represent another step forward in the ongoing process of integrating the supervision of the insurance and banking sectors.

As stressed by Prof. Paolo Montalenti (President of Aida Italy) also the regulation issued by the authority of insurance market on internal controls for insurance companies shows a symmetry with respect to the system of internal controls in the banking sector.

The third session of the congress aimed at assessing the impact on motor insurance market of the new rules on car insurance renewal, standard car policy, measures preventing car insurance frauds, damages liquidation.

Eminent Professors, judges and lawyers took position about the new scenery.

In this part of the congress we have had the intervention of: Prof. Pierpaolo Marano (University Cattolica of Milan ); Prof. Sara Landini (University of Florence); Prof. Maria Gagliardi (Sant’Anna School of Advanced Studies); Dr. Patrizia Pompei (Tribunal of Florence); Dr. Giuseppe Ranieri (Lawyer in Florence).

With specific regard to motor insurance market both Ivass and Italian antitrust authority have underlined the problem of the increase of costs and premiums.

Possible reasons of the raise of the cost of motor insurance are: the increase in the propensity to claim (particularly the increase in the amounts awarded with specific regards to physical damages not objectively assessable) and frauds. With regard to premiums, the Italian antitrust authority has stressed the role of anticompetitive practices in motor insurance.

The Italian Government has adopted new rules in order to provide efficient measures to contrast the phenomenons:

Italian law provides limits for personal damage non objectively assessable (art. 139, 2 Insurance Code – dlgs 209/2005 as modified by art. 32 Law Decree 24.1. 2012, n. 1, converted into law by the Act 24.3. 2012, n. 27).

According to this new rule, no personal injury compensation can be claimed for any mild injury in the absence of a forensic examination which, depending

on the type of the injury, makes a specific observation of the claimant's injury (either visual or via diagnostic instruments).

In Italian criminal code a special provision on insurance fraud is contained in paragraph 642. Moreover art. 33 Law Decree 1/2012, of 24 January, on liberalizations, also known as the "Grow Italy" decree, converted with amendments into Law 27/2012 of 24 March amends Article 642 of the Criminal Code on insurance fraud, by increasing the minimum sentence to one year and the maximum to five years

Other useful measures are mainly those

- to reduce the phenomenon of falsification of paper documents through "dematerialization" of insurance certificates;
- procedures whereby insurers may suspend payment when they have information (deriving from Ivass's accident database) indicating the likelihood of fraud.

Through the Decree 18th October 2012 (known as Grow Italy 2), IVASS was also given new tasks and powers in order to prevent frauds:

- studying, processing and evaluating all information obtained from the electronic integrated archive together with data received from insurance companies and insurance intermediaries in order to identify suspected cases of fraud and to set a preventive alert mechanism against frauds;
- requesting insurance companies and insurance intermediaries for information and documentation concerning initiatives taken in order to prevent and detect insurance frauds;
- providing assistance to insurance companies and the Authorities in order to prevent and stop insurance frauds;
- drafting an annual report on the activities performed relating to fraud prevention and detection and developing criteria as well as procedures in order to evaluate how companies fight against fraud, making public the evaluation results.

The above named decree contains also measures to incentive competition and transparency in motor insurance market.

- free cooperation among insurance intermediaries (agents, brokers, banks, investment companies, financial intermediaries and the Italian Post Office-Banco Posta Department). Since 1st January 2013 any clause preventing or limiting such right of cooperation is void; the rule applies to all insurance products' distributors;
- prohibition of tacit renewal for motor-vehicles insurance policies;
- 1 year maximum duration of such policies validity (plus a fraction, if so requested, by the insured) with automatic termination upon expiry;
- 30 days minimum termination notice for motor-vehicle insurance policies

and coverage extension for the following 15 days after the due date and until the new policy comes into force;

- basic motor-vehicle policy definition with predetermined clauses that companies shall offer to customers. This provision aims at facilitating the comparison of motor insurance products.

## **L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE SULLA VITA TRA ESIGENZE SOCIALI E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI E COMUNITARI: INTRODUZIONE**

**Giovanna Volpe Putzolu\***

L'evoluzione della disciplina dell'attività assicurativa, a partire dalla legge di riforma della vigilanza n. 576/1982, è avvenuta per gradi <sup>(1)</sup>.

Nel corso di questo lungo periodo si può considerare una vera e propria "rottura" con il passato la legislazione che ha interessato le assicurazioni nell'anno 2005: codice delle assicurazioni, legge n. 262 sulla tutela del risparmio e decreto legislativo n. 252 sulla previdenza complementare. L'evoluzione successiva non ne è che il fisiologico sviluppo.

Il tema è amplissimo. Mi limiterò a qualche *flash*, partendo dalla normativa comunitaria che costituisce la cornice, nella quale si deve inserire la disciplina dettata dai singoli Stati membri.

L'obiettivo della normativa comunitaria in materia assicurativa si inserisce nel più ampio obiettivo della instaurazione e del funzionamento del mercato unico. In sostanza si tratta di costruire un mercato nel quale le imprese possono operare in concorrenza. Nelle direttive assicurative, però, la concorrenza è considerata essenzialmente come possibilità per i consumatori di accedere a tutti i prodotti assicurativi commercializzati nel territorio della UE e, a questo scopo, è sufficiente che gli Stati comunitari non ostacolino l'accesso al proprio mercato delle imprese degli altri Stati membri <sup>(2)</sup>.

Ovviamente l'accesso dei consumatori a tutti i prodotti commercializzati nella UE richiede una disciplina di vigilanza comune che garantisca una sana e prudente gestione delle imprese operanti nel territorio comunitario. Le direttive, quindi, contengono norme vincolanti per gli Stati membri, considerate sufficienti a garantire la solvibilità delle imprese. Gli Stati membri sono liberi di dettare norme di dettaglio o di disciplinare aspetti non regolati dalle direttive.

In questo ambito gli Stati membri sono "sovrani", ma soltanto nei confronti delle imprese con sede legale nel loro territorio. Nei confronti delle imprese di altri Stati membri l'applicazione di disposizioni nazionali è consentita soltanto a condizione che si tratti di materie che tutelino "interessi generali",

---

\* Scientific Council AIDA World e Università La Sapienza di Roma.

1 Legge 12 agosto 1982, n. 576, modificata ed integrata dalla legge 9 gennaio 1991, n. 20, dal d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 49, dalla legge 24 dicembre 1992, n. 506, dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385, dal d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 373 e dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 343.

2 V. i considerando n. 19 della direttiva 92/49/CEE (rami danni) e n. 46 direttiva 2002/83/CE (rami vita); v. anche il considerando n. 77 direttiva 2009/138/CE (*Solvency II*).

*nella misura in cui l'interesse generale non sia salvaguardato dalle disposizioni dello Stato membro di origine, sempreché tali disposizioni si applichino senza discriminazioni e siano necessarie e proporzionate all'obiettivo perseguito* <sup>(3)</sup>.

Ne consegue che la disciplina di vigilanza nazionale, in un regime di “licenza unica” e di “home country control”, ha una notevole influenza, nel bene o nel male, sulla competitività delle “imprese di casa” nei confronti delle imprese di altri Stati membri <sup>(4)</sup>. Più è dettagliata e onerosa la disciplina nazionale, più è difficile la competizione nel mercato unico. Una gestione più complessa non solo si riflette sui costi e quindi necessariamente sul prezzo del servizio, ma sottrae anche risorse allo sviluppo della innovazione.

Un'altra caratteristica della normativa comunitaria, rilevante ai fini della valutazione della disciplina nazionale, è la rigorosa separazione della disciplina dell'attività assicurativa da quella delle altre attività finanziarie. Una separazione che non riguarda solo la vigilanza prudenziale, ma anche la disciplina della trasparenza e della correttezza nei rapporti con la clientela e quella della intermediazione. Anche la direttiva MIFID (2004/39/CE) dispone espressamente che *la direttiva non si applica alle imprese di assicurazione perché, come si legge nei considerando, queste sono oggetto di appropriata vigilanza da parte delle autorità competenti in materia di vigilanza prudenziale*.

La connessione tra vigilanza assicurativa e vigilanza sulla trasparenza si comprende se si tiene presente la specialità “tecnica” della gestione assicurativa, che si riflette inevitabilmente su tutti i prodotti, anche su quelli ai quali non si

<sup>3</sup> Cfr. considerando citati nella nota 2.

<sup>4</sup> V. RICOLFI, *Attività assicurativa e competizione regolatoria*, in *Assicurazioni*, 2006, I, 395). Va rilevato che gli organi comunitari, a seguito della crisi finanziaria degli anni 1007-2008, hanno finalmente affrontato il problema della creazione di un mercato europeo dei servizi più integrato. Ne sono derivate una serie di iniziative con lo scopo di assicurare “reali” condizioni di parità per tutte le imprese, mediante l'applicazione uniforme del diritto della UE, obiettivo considerato non realizzabile in modo soddisfacente dagli Stati membri. A questo scopo è stato istituito il *Sistema europeo di vigilanza finanziaria* – SEVIF. Il Sistema è composto da un Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), con competenze di tipo macroprudenziale e tre Autorità di regolazione e vigilanza micro prudenziale (AEV): Autorità bancaria europea (ABE), Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni (AEAP), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM). Il Sistema comprende inoltre le Autorità nazionali di vigilanza e il Comitato congiunto delle Autorità europee di vigilanza. Ciascuna Autorità ha il compito di elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione o di attuazione, da sottoporre all'approvazione della Commissione, nonché di emanare orientamenti o raccomandazioni indirizzate alle autorità di vigilanza, al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi e assicurare l'applicazione uniforme del diritto comunitario (v. regolamenti UE 1093, 1094 e 1095 del 2010; v. LAMANDINI, *I regolamenti europei istitutivi del comitato per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari e mercati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 211).



applicano gli artt. 1882 ss. c.c. <sup>(5)</sup>.

La disciplina italiana di vigilanza sull'attività assicurativa non solo non rispetta il principio della separazione dell'attività assicurativa, ma è anche non di rado penalizzante per le nostre imprese.

La prima caratteristica è dovuta ad una singolarità del nostro legislatore: la ricerca di altre attività alle quali "assomigli" l'attività assicurativa, in modo da poter estendere a quest'ultima norme dettate per l'attività che si presume somigliante. Una tendenza che contrasta con la specialità dell'attività assicurativa, sia per il suo oggetto che per le conseguenti regole di gestione.

Questa tendenza emerge chiaramente dagli obbiettivi del codice delle assicurazioni, fra i quali, come si legge nella relazione ministeriale, l'avvicinamento al TUB. Ma più che di "avvicinamento" si è trattato di una serie di disposizioni che replicano norme del TUB. Questo non significa che sia irragionevole "avvicinare" le due discipline, ma si doveva evitare di trasporre nel codice delle assicurazioni norme che mal si conciliano con la disciplina di vigilanza dell'attività assicurativa.

Mi limito a citare il caso più eclatante, costituito da due norme in materia di revoca dell'autorizzazione e liquidazione coatta amministrativa. Si tratta dell'art. 242 e del primo comma dell'art. 245 cod. ass., norme inconciliabili, perché la prima trae origine dalle direttive del settore assicurativo, mentre la seconda è la riproduzione fedele del primo comma dell'art. 80 del TUB. Le due norme sono significativamente diverse, perché diversa è la natura dell'interesse tutelato, rispettivamente, nella disciplina delle imprese di assicurazione e nella disciplina delle banche.

Nel settore bancario, la liquidazione coattiva deve sempre seguire il provvedimento di revoca, perché solo la liquidazione coatta consente di tutelare il risparmio già raccolto <sup>(6)</sup>. Nel settore assicurativo, invece, le condizioni della revoca rispondono alla esigenza di evitare il proseguimento dell'attività, in presenza di violazioni o di situazioni (puntualmente individuate) ritenute

5 Come, ad es., le assicurazioni cauzionali. Anche le recenti iniziative europee volte a garantire una maggiore trasparenza e a rafforzare la tutela dei consumatori in sede di collocamento dei prodotti assicurativi rispettano il criterio della separazione della normativa assicurativa. Si tratta, in particolare, della proposta di una nuova direttiva sulla intermediazione assicurativa (*Insurance Mediation Directive 2*), che, da un lato prevede obblighi informativi e di comportamento comuni agli intermediari e alle imprese di assicurazione in sede di collocamento dei prodotti assicurativi e, per quanto riguarda i *prodotti di investimento assicurativi*, "regole rafforzate" in linea con la definizione di prodotto di investimento contenuta nella proposta di regolamento sui documenti contenenti informazioni chiave per i prodotti di investimento (*Packaged Retail Investment Products – PRIIP*).

6 V. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2001, 736.

dal legislatore comunitario incompatibili con l'esercizio delle assicurazioni, per cui si rende necessaria la liquidazione della società; ma, nei casi che non coinvolgono la solvibilità dell'impresa, si consente alle autorità di vigilanza di valutare se la liquidazione ordinaria sia meno sfavorevole per gli assicurati della procedura coattiva.

Il "pasticcio" legislativo creato dal codice delle assicurazioni con gli artt. 242 e 245, a ben vedere, trae origine dall'art. 231, che stabilisce le condizioni per l'adozione dell'amministrazione straordinaria, norma a sua volta ripresa dal TUB; ma la derivazione "bancaria" delle condizioni dell'amministrazione straordinaria era già palese nella norma che ha introdotto la procedura di risanamento nel settore assicurativo <sup>(7)</sup>.

Mi limito ad osservare che, tra i presupposti della amministrazione straordinaria di cui all'art. 231, rientrano violazioni che dovrebbero comportare, secondo la norma di origine comunitaria, la revoca dell'autorizzazione e la liquidazione della società <sup>(8)</sup>. Non si può escludere che l'ampiezza e la conseguente genericità delle condizioni, sia pure gravi, dell'amministrazione straordinaria, abbiano orientato l'Autorità di vigilanza verso la misura di risanamento anche in casi nei quali sussistevano gravi violazioni della disciplina di vigilanza che legittimavano la revoca dell'autorizzazione ai sensi della norma di origine comunitaria. Così probabilmente si spiega il fatto che alla procedura di amministrazione straordinaria sia, nella maggioranza dei casi, seguita la liquidazione coattiva.

Il punto di arrivo dell'intento di adeguare la disciplina assicurativa a quella bancaria è dato (per il momento) dalla soppressione dell'ISVAP e dalla creazione dell'IVASS, istituto che, a differenza dell'ISVAP, è solo "di nome" una autorità indipendente, in quanto è stato attratto nella sfera di vigilanza della Banca d'Italia <sup>(9)</sup>.

L'indipendenza conclamata dell'Istituto <sup>(10)</sup> è smentita dalla composizione degli organi: il Presidente è il direttore generale della Banca d'Italia, i consiglieri che, con il Presidente costituiscono il Consiglio, sono nominati con d.P.R. su proposta del Governatore della Banca d'Italia e il Direttorio integrato è costituito dal Governatore, dal Direttore generale e da tre Vice direttori generali della Banca d'Italia, nonché dai due consiglieri nominati con d.P.R. sempre su proposta della Banca d'Italia. Si consideri che al Direttorio spetta

7 V. il testo originario dell'art. 7 l. 12 agosto 1982, n. 576.

8 V. art. 14 direttiva 92/49/CEE e art. 39 direttiva 2002/83/CE.

9 In merito al dibattito sulla natura di autorità indipendente dell'ISVAP nel testo originario della l. n. 576 del 1982 v. NIGRO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1040.

10 V. art. 1 dello statuto, approvato con d.P.R. 12 dicembre 2012.



l'attività di indirizzo e direzione strategica dell'Istituto, nonché, fra l'altro, l'assunzione di provvedimenti aventi rilevanza esterna in materia di vigilanza assicurativa e di provvedimenti a carattere normativo <sup>(11)</sup>.

Il secondo caso di assimilazione dell'attività assicurativa ad una attività molto diversa è addebitabile alla legge sulla tutela del risparmio, che ha creato una frattura tra vigilanza prudenziale e vigilanza sulla trasparenza e sui conflitti di interesse per l'esercizio dei rami vita III e V, la prima regolata dal codice delle assicurazioni e assoggettata al potere regolamentare e di controllo dell'ISVAP (ora IVASS), la seconda disciplinata dalle norme del TUF e assoggettata al controllo della CONSOB.

Una elementare conoscenza dell'attività dei rami vita avrebbe dovuto consigliare di risolvere in altro modo il problema della esigenza di una informativa particolare per i c.d. "prodotti finanziari assicurativi".

La componente finanziaria ha sempre caratterizzato gran parte delle assicurazioni sulla vita. All'ISVAP non è mai mancata una buona conoscenza del mercato finanziario, come si desume dalle disposizioni regolamentari emanate in materia di polizze linked non appena questi prodotti sono comparsi nel mercato italiano; disposizioni che prevedevano regole più appropriate e, per certi aspetti, più stringenti di quelle del TUF e del regolamento CONSOB. Comunque, nel disporre l'applicazione di norme del TUF al settore assicurativo, il legislatore avrebbe dovuto, quanto meno, tenere presenti la disciplina comunitaria e la inscindibilità del profilo finanziario dal profilo assicurativo.

Che questi due profili non possano andare disgiunti è confermato dalla vicenda dei c.d. prodotti multiramo, caratterizzati dalla combinazione di coperture assicurative di ramo vita I e di prodotti assicurativi finanziari di ramo III. Sono trascorsi cinque anni e il regolamento congiunto, predisposto dall'ISVAP e dalla CONSOB, non è stato ancora emanato, ed è significativo che le due autorità abbiano concordato che fino alla sua emanazione si applicano le disposizioni dell'ISVAP.

Il risultato è che alcune delle norme del TUF sono in contrasto con la normativa comunitaria o inapplicabili ai prodotti assicurativi <sup>(12)</sup>. Non solo, la disciplina

11 V. artt. 3, 4 e 7 dello statuto.

12 Gli artt. 30, comma 6, e 100, comma 2, del TUF e le relative norme regolamentari sono in contrasto con gli artt. 34 e 35 della direttiva 2002/83. Il primo articolo vieta agli Stati membri di adottare disposizioni che prevedano l'approvazione preventiva o la comunicazione sistematica delle condizioni e delle tariffe delle polizze di assicurazione. L'autorità di vigilanza può quindi richiedere queste comunicazioni soltanto in via occasionale. La comunicazione contestuale all'avvio dell'offerta, disposta in via regolamentare dalla CONSOB, è indubbiamente una comunicazione sistematica (v. art. 31 reg. Emittenti). L'art. 35, a sua volta, impone allo Stato membro di richiedere che il contraente disponga di un termine, tra 14 e 30 giorni dal momento in cui è informato che il contratto è concluso,

della trasparenza e del conflitto di interessi del codice delle assicurazioni non è mai stata coordinata con la legge sulla tutela del risparmio e l'ISVAP, quindi, ha conservato o introdotto disposizioni regolamentari anche in queste materie <sup>(13)</sup>.

Si deve invece convenire sulla opportunità di attribuire alla COVIP alcune competenze di vigilanza sulle polizze pensionistiche (c.d. PIP), al fine di realizzare una parità di trattamento per tutte le forme pensionistiche previste dal d.lgs. 252/2005. E' tuttavia mancato il coordinamento con il codice delle assicurazioni, con particolare riguardo alla disposizione che prevede una disciplina speciale per le riserve tecniche delle PIP (v. art. 13). Non deve quindi sorprendere che lo schema di regolamento della COVIP presenti significativi problemi interpretativi, con particolare riguardo ai rispettivi diritti, degli aderenti alle PIP e degli altri assicurati, in caso di l.c.a. dell'impresa di assicurazione <sup>(14)</sup>.

Le imprese di assicurazione sulla vita sono quindi assoggettate alla

---

per rinunciare agli effetti del contratto. Quindi, il contratto è immediatamente efficace e il contraente può esercitare il recesso nel termine previsto dallo Stato membro, che non deve essere inferiore a 14 gg. L'art. 30, comma 6, del TUF prevede invece la sospensione del contratto collocato fuori sede per 7 giorni, nel corso dei quali l'investitore può esercitare il recesso.

13 La disciplina dell'informazione precontrattuale dei contraenti dei prodotti di ramo III e V è stata coordinata con quella del codice delle assicurazioni dal regolamento intermediari CONSOB, ma in questa materia l'ISVAP è intervenuto con disposizioni regolamentari complementari sull'informazione nel corso del contratto (v. artt. 25-29 reg. n. 35). Il conflitto di interessi è regolato in modo diverso dal TUF e dal codice delle assicurazioni (v. art. 21 TUF e art. 183 cod. ass.), ma l'ISVAP è intervenuto in sede regolamentare con una norma che interferisce con i poteri regolamentari della CONSOB (v. art. 51 reg. n. 35). Inoltre è ancora parzialmente in vigore la circolare 474 sulla disciplina dei prodotti *Unit linked*, nel testo modificato dalla circ. 551 del 1° marzo 2005 (v. in particolare i §§ 2.3, 2.5 e 4).

14 Le polizze pensionistiche *Unit Linked* (c.d. PIP) sono escluse dalla normativa del TUF (art. 1, comma 1, lett. *w-bis*) e assoggettate alla disciplina del d.lgs. 252/2005, fatta salva la vigilanza prudenziale che spetta comunque all'ISVAP. In particolare, la gestione delle risorse segue le regole di investimento del codice delle assicurazioni, ma tali risorse costituiscono patrimonio autonomo e separato con gli effetti di cui all'art. 4, comma 2, che a sua volta rinvia all'art. 2117 c.c. (art. 13, comma 3, d.lgs. 252/2005). Lo schema di regolamento (delibera COVIP 31 ottobre 2006) precisa che per "risorse" si devono intendere gli attivi posti a copertura delle PIP e che su questi attivi non sono ammesse azioni esecutive da parte dei creditori della Compagnia, né da parte dei creditori degli aderenti (cfr. art. 2117 c.c.). Inoltre detto patrimonio non può essere coinvolto nelle procedure concorsuali che riguardano la Compagnia. Quest'ultima disposizione, tratta dall'art. 6, comma 9, si giustifica pienamente nel caso di gestione dei fondi pensione (ramo vita VI), perché si tratta di mera attività di gestione delle risorse del fondo pensione. Le risorse sono del fondo e restano tali anche dopo il conferimento in gestione. Nel caso delle PIP, l'impresa non si limita a gestire le risorse, ma assume impegni assicurativi nei confronti degli aderenti, impegni dei quali risponde con tutto il suo patrimonio. Di qui una serie di problemi in caso di liquidazione coatta dell'impresa, dovuti alla mancanza di coordinamento tra l'art. 13 cit. e gli artt. 42 e 258 cod. ass.

vigilanza di tre Autorità e la mancanza di coordinamento rende incerta la disciplina applicabile, costringendo le compagnie, per evitare sanzioni, a dover tenere conto, nel dubbio, di disposizioni che appartengono a settori disciplinari diversi, non sempre conciliabili.

E' tuttavia dalla normativa regolamentare che sono conseguiti gli oneri più gravosi per le imprese.

Il *trend* della ormai imperante delegificazione, con l'attribuzione alle Autorità di vigilanza di un potere regolamentare ampio al di là della ragionevolezza, si è tradotto in un diluvio di prescrizioni, che solo in parte possono considerarsi proporzionate all'obiettivo della salvaguardia di una sana e corretta gestione e alla esigenza di tutelare i contraenti e gli assicurati.

La sproporzione tra disposizioni legislative e disposizioni regolamentari favorisce, inoltre, continue e plurime modificazioni di queste ultime, che rendono quanto mai instabile il quadro normativo. Una conseguenza che si riflette pesantemente sulla gestione dell'attività.

Non solo, non sempre le prescrizioni dell'Autorità di vigilanza sono conformi alle direttive. L'esempio più significativo è rappresentato da una disposizione in materia di polizze *linked*, che obbliga le imprese a garantire la conservazione del capitale per il caso di morte <sup>(15)</sup>, mentre, secondo la direttiva 2002/83/CE, le polizze di ramo III sono contratti di assicurazione anche se privi di garanzie di qualsiasi tipo. Per questo motivo la norma non figura nell'Elenco delle disposizioni di interesse generale che possono essere applicate anche alle imprese di altri Stati membri operanti in Italia <sup>(16)</sup>.

Come rilevato da Marco Frigessi, si crea una fattispecie di discriminazione alla rovescia, in cui le imprese italiane sono discriminate in *peius* rispetto alle concorrenti europee che operano nel nostro mercato <sup>(17)</sup>. La disposizione regolamentare, peraltro, è anche in contrasto con il codice delle assicurazioni, che rispetta la norma comunitaria <sup>(18)</sup>.

In conclusione, non si possono che condividere i giudizi espressi da Marco Ricolfi e da Marino Bin. Ricolfi ha rilevato la riluttanza del legislatore italiano a rendere fruibili gli spazi di libertà che si aprono per gli operatori economici nel quadro dalla integrazione europea, nonché la riluttanza delle imprese a reagire contro tale tendenza <sup>(19)</sup>. In realtà la "timidezza" delle imprese è spiegabile, ma si tratta di un problema che interessa un contesto normativo più generale e ben

15 V. art. 9 reg. ISVAP n. 32.

16 Elenco predisposto dall'ISVAP nel 2011.

17 V. la relazione svolta nel presente convegno.

18 V. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, TUF e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, I, 399.

19 RICOLFI, *Attività assicurativa e competizione regolatoria*, cit., 415.

più ampio di quello oggetto del presente convegno. Marino Bin ha denunciato il *grande caos normativo creato da un legislatore inconsapevole e disordinato* <sup>(20)</sup>.

---

20 BIN, *La trasparenza dei “prodotti” emessi dalle imprese di assicurazione tra principi generali e nuovo regolamento ISVAP*, in *Assicurazioni*, 2010, I, 613.

## **LA VIGILANZA NEL MERCATO ASSICURATIVO DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO *SPENDING REVIEW***

**Paolo Panarelli\***

Ringrazio l'AIDA e la Fondazione Cesifin per l'invito, cui va riconosciuto il merito di organizzare sempre con molta tempestività convegni e occasioni di confronto sulle principali novità normative e giurisprudenziali che interessano il comparto assicurativo. Credo, infatti, che questa sia la prima occasione in cui possiamo riflettere e confrontarci sul nuovo assetto regolamentare della vigilanza assicurativa, alla luce delle modifiche introdotte dalla conversione del decreto cd. *Spending review*.

Ho trovato interessante la riflessione fatta dall'Avvocato Polizzi sull'origine dell'ISVAP che, insieme ad altre Autorità amministrative, nacque in un momento in cui era avvertita l'esigenza di assicurare tutela a situazioni costituzionalmente rilevanti (il risparmio, l'iniziativa economica privata) rispetto ai fallimenti del mercato e, in generale, nell'ambito del difficile passaggio da un modello di mercato amministrato a un modello di mercato regolato e concorrenziale. Anche oggi, la nascita dell'IVASS avviene in un momento "difficile" in cui si avvertono aspetti di "crisi" nel mondo assicurativo.

Premesso che il punto di vista di Consap quale "assicuratore pubblico" è certamente parziale, ciò che emerge è che quello assicurativo è un mercato ancora imperfetto; infatti, è caratterizzato da un numero limitato di operatori (rispetto ad esempio al mondo bancario), pochi dei quali detengono una concentrazione molto elevata di quote di mercato. Un aspetto positivo che va evidenziato è che oggi il mercato assicurativo italiano è, finalmente, in linea con il mercato assicurativo europeo; infatti il rapporto tra la raccolta premi nei settori danni e vita sul totale del PIL (pari al 7% nel 2011) è in linea con quello dei Paesi europei. Se però andiamo ad analizzare le componenti di questo rapporto, notiamo che il settore assicurativo danni è ancora troppo poco sviluppato e, nel confronto internazionale, l'Italia presenta il più basso indice di penetrazione assicurativa (rapporto tra premi e PIL). In particolare, nel 2011 l'indice italiano è stato pari al 2,3% (stabile rispetto al 2010 ed in diminuzione rispetto al 2,4% del 2009). A livello europeo l'indice è rimasto pressoché invariato per Belgio, Francia e Germania, mentre è risultato in lieve crescita per Regno Unito e Spagna. Il valore più alto d'Europa è registrato dall'Olanda (9,4%), grazie alla privatizzazione del sistema sanitario del 2006. Il ritardo dell'Italia è ancora più evidente se dal totale dei premi danni escludiamo quelli del settore r.c.

---

\* Direttore generale Consap.

auto. I premi danni, al netto del settore auto, per il 2011 sono stati l'1% del Pil (meno del 50% rispetto alla media europea). Paesi come Belgio e Spagna hanno registrato, sempre nel 2011, un indice doppio rispetto all'Italia, la Francia il 2,3%, mentre Germania e Regno Unito hanno raggiunto il 2,7%. Dal mio punto di vista, il settore dell'auto ha condizionato troppo la cultura assicurativa e, di conseguenza, il dibattito italiano negli ultimi decenni.

Il provvedimento legislativo che ha portato alla nascita dell'IVASS conclude un più che decennale dibattito accademico e politico volto a razionalizzare le attività delle Autorità indipendenti di regolazione, vigilanza e garanzia dei mercati finanziari al fine di rafforzare la vigilanza prudenziale in coerenza con gli interessi fondamentali dei cittadini stabiliti dalla Costituzione e dai trattati europei. E' interessante notare che il modello prescelto dal legislatore è, ancora una volta, un modello diverso dal modello europeo. Il progetto iniziale del Governo prevedeva di ricalcare una struttura di vigilanza finanziaria simile a quella europea che si basa su un modello tripartito: EBA per il settore bancario, ESMA per il settore immobiliare, EIOPA per il settore assicurativo/pensionistico. Ciò in quanto la struttura di una vigilanza unica (sul modello inglese) ha mostrato qualche criticità tanto da far emergere la necessità di mitigare alcune debolezze strutturali con una dipartimentalizzazione della vigilanza unica. La scelta del legislatore in fase di conversione non ha raggiunto in pieno questa finalità, lasciando COVIP al di fuori del perimetro di revisione legislativa: in tal modo la soluzione operata risulta del tutto peculiare e non ricalca alcun modello organizzativo né europeo né nazionale dell'Unione a 27 Stati.

E' interessante soffermarsi su quali possono essere i punti di forza del nuovo assetto di Vigilanza basato su una stretta correlazione tra IVASS e Banca d'Italia, con una dipendenza funzionale della prima rispetto alla seconda. L'organizzazione di Banca d'Italia, soprattutto dal punto di vista della infrastruttura tecnologica, potrà comportare importanti miglioramenti - per la vigilanza e per il settore assicurativo in generale - in termini di ammodernamento delle procedure di vigilanza e dei processi gestionali sia da e verso i soggetti vigilati sia con riferimento alle procedure utilizzate dalle compagnie di assicurazione. Ciò, ad esempio, tramite: creazione di matrici di flussi infrannuali di vigilanza per monitorare gli andamenti gestionali delle compagnie; informatizzazione delle procedure di comunicazione tra operatori e Vigilanza che sono ancora su formato cartaceo non strutturato e che possono produrre difficoltà di sintesi e comparazione; informatizzazione, per quanto concerne gli intermediari, delle procedure manuali di comunicazioni di dati che risultano onerose dal punto di vista economico e dei tempi; valorizzazione e costante aggiornamento delle analisi macroeconomiche di settore. Inoltre, l'esperienza maturata nella valutazione degli impatti di Basilea 3 sul settore bancario può ben correlarsi con gli approfondimenti necessari per le valutazioni



di impatto di Solvency2 sul settore assicurativo.

Il tema principale che IVASS si troverà ad affrontare nei prossimi anni sarà soprattutto il tema della stabilità, il *leit motif* di tutta l'azione della Banca d'Italia negli ultimi decenni. Ci sono però problematiche importanti aperte relative alla rc auto (che, comunque, rappresenta il 50% del fatturato danni). IVASS, infatti, è deputata, oltre che a valutare gli aspetti di stabilità del settore, a svolgere una funzione centrale di unità antifrode. In particolare, con il Decreto Liberalizzazioni è stata integrata e potenziata la preesistente Banca Dati Sinistri costituita presso IVASS (consultabile anche dalle forze dell'ordine) e sono state istituite le banche dati "Anagrafe Danneggiati" e "Anagrafe Testimoni". Inoltre, il decreto ha introdotto numerose misure di contrasto ai fenomeni fraudolenti: la sospensione dei tempi di presentazione dell'offerta di risarcimento se emergono almeno due parametri "sospetti", criteri più rigorosi per l'accertamento dei danni alla persona, l'obbligo per le imprese di produrre annualmente una relazione sull'attività antifrode, graduale dematerializzazione dei contrassegni assicurativi. Inoltre, il Decreto Sviluppo bis ha attribuito ad IVASS competenze specifiche per la prevenzione delle frodi r.c. auto tramite l'adozione, oltre che della propria banca dati sinistri r.c. auto, di un archivio informatico integrato con le banche dati pubbliche e private contenenti informazioni pertinenti con la missione affidata. La normativa ha previsto per IVASS il ruolo più ampio di interlocutore e collaboratore delle imprese e delle forze inquirenti ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Per l'attuazione è previsto un decreto del Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministero dei trasporti per l'individuazione delle banche dati che formeranno l'archivio integrato, per le modalità di connessione tra le stesse e per le condizioni di accesso all'archivio da parte di istituzioni pubbliche e compagnie.

Purtroppo, il legislatore non ha previsto un ruolo specifico di CONSAP sull'argomento, diversamente dal Disegno di legge antifrode n. 2809, approvato alla camera il 30/6/2011, che dava risposta alla necessità emersa di disporre di una struttura antifrode pubblica, auspicata dai diversi operatori del mercato, in particolare dopo la chiusura della struttura antifrode ANIA a seguito dell'intervento del Garante per la privacy. Il Disegno di legge antifrode n. 2809 prevedeva: istituzione presso ISVAP (ora IVASS) di un'apposita struttura deputata alla prevenzione amministrativa delle frodi articolata in un gruppo di lavoro con rappresentanti dei ministeri di Interno, Economia e Sviluppo Economico, dell'ISVAP, della CONSAP e dell'ANIA e l'istituzione di un archivio informatico integrato con titolarità ISVAP e gestito da CONSAP stessa.

E' evidente che valorizzare il ruolo di CONSAP in ambito antifrode potrebbe comportare alcuni importanti vantaggi. Basti pensare che il coinvolgimento diretto di CONSAP potrebbe favorire una sinergia sia operativa che finanziaria con l'attività di gestione della banca dati per il furto di identità; infatti, tale

ultima attività interesserà anche le transazioni assicurative a partire dal 1/1/2014 (la copertura finanziaria è già prevista mediante *fee* a carico degli operatori). Ciò, comporterebbe la concentrazione in un unico soggetto pubblico della gestione delle banche dati tecniche di settore tenendo conto dell'attività istituzionale che già CONSAP svolge a tale riguardo (Stanza di compensazione per i sinistri rientranti nella disciplina di risarcimento diretto, Fondo di Garanzia per le Vittime delle Strada), con evidenti vantaggi a livello di costi e non solo.



## **LA VIGILANZA NEL MERCATO ASSICURATIVO DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO *SPENDING REVIEW***

**Giuseppe Coco**

Mi unisco al coro di ringraziamenti per quest'iniziativa oltremodo utile per la ricchezza di prospettive, che appare certamente utile in un momento in cui il quadro normativo e gli assetti regolatori e di mercato stanno mutando ad una velocità notevole. Ho seguito stamattina con molto interesse le relazioni dei colleghi giuristi che mi hanno chiarito aspetti che non erano totalmente trasparenti, perlomeno ad un economista. Il dialogo tra professionalità diverse è in questo momento essenziale anche per assicurare la efficacia delle riforme in atto. Mi trovo qui in rappresentanza del Governo, ed in particolare del Sottosegretario De Vincenti. Immagino quindi che sappiate che cosa vi aspetta dalla mia relazione in termini generali- una difesa d'ufficio delle politiche governative in materia assicurativa. Devo dire tutto sommato che però si tratta di un compito a mio parere relativamente facile in questa contingenza, e in effetti vorrei esporre un punto di vista diverso rispetto ad alcune delle relazioni precedenti. In particolare rispetto al severo giudizio che è stato espresso stamattina dalla Prof.ssa Volpe, e poi anche, in parte, rispetto ad alcune considerazioni di Paolo Garonna, con ciò confermando peraltro il vecchio proverbio che quando ci sono due economisti emergono almeno tre opinioni. Quindi tratterei le questioni che ha giustamente posto il Prof Siri alla fine del mio intervento.

Vorrei quindi discutere inizialmente la strategia governativa complessiva in materia di assicurazioni, per arrivare alla vigilanza, cioè al tema centrale di questo dibattito, e quindi anche alla giustificazione dell'assetto istituzionale, in particolare, che è certamente il tema di maggiore rilevanza in questo ambito, nella parte finale. A proposito del complesso della strategia governativa in materia di assicurazioni vorrei dire che perlomeno in due dei provvedimenti più importanti, i decreti-legge 1 e 179, gli interventi in materia di assicurazione hanno un ruolo assolutamente centrale, di certo direi più che proporzionale al peso del settore assicurativo sul PIL del nostro paese. Il che suggerisce un'attenzione particolare del Governo sul settore. Tale attenzione è giustificata da una visione strategica, non è un fatto casuale. Essa dipende dall'importanza che rivestirà il settore delle assicurazioni, in particolare nel comparto privato, in futuro. Viviamo una fase storica di rischio crescente, per il complesso dell'economia italiana ma non solo italiana. Un rischio non solo

---

\* Nucleo di Valutazione e Verifica del Ministero dello Sviluppo Economico e Università degli Studi di Firenze.

finanziario, intendo insomma un rischio generale, sistemico. Purtroppo gli elementi di quadro rilevanti, che riguardano anche specificamente il nostro Paese, ci suggeriscono che andiamo verso una situazione in cui una crescente quota di rischio individuale e sociale dovrà necessariamente essere accollata agli individui e alle imprese, ai soggetti economici privati, rispetto alla situazione pregressa. La situazione corrente della finanza pubblica italiana e le prospettive diminuite di crescita sono ovviamente i fattori principali che conducono a questa previsione. Non è possibile, né desiderabile, in questa sede approfondire il complesso rapporto tra la presenza di assicurazioni sociali, la finanza pubblica e la crescita stessa. Molteplici fattori interagiscono in ogni senso (dai limiti alla traslazione del rischio costituiti dall'azzardo morale e dalla perdita di incentivi, alla facilitazione della assunzione di rischio individuale che certe assicurazioni pubbliche possono generare). Ma non possiamo ignorare che al di là del rapporto ideale tra assicurazioni pubbliche e private in astratto, il rapporto ottimale in concreto dipende anche dalla relazione tra debiti pubblici e ricchezza privata. La necessità di equilibrio del sistema economico nazionale e l'incremento del rischio sistemico sono elementi che certamente, almeno temporaneamente, richiederanno l'accollo di una quantità maggiore di rischi a carico dei cittadini ed imprese.

In questo contesto il ruolo delle assicurazioni private e l'efficienza del sistema delle assicurazioni private diventa sempre più importante. Dobbiamo assicurarci che gli operatori del mercato assicurativo sappiano rispondere a questa sfida cruciale. Lo ripeto, il punto centrale sono le nostre prospettive di crescita anche in rapporto alla finanza pubblica italiana, che non consentiranno più l'accollo alla finanza pubblica di rischi, anche talvolta a carattere sociale. In questo quadro per il Governo diventava essenziale la costruzione di un quadro regolamentare che spingesse gli operatori verso un assetto di mercato più competitivo ed efficiente. In questo contesto va senz'altro considerato il monito del Professor Garonna: un eccesso di regolamentazione può essere un elemento di inefficienza del sistema. Si tratta però di capire se le nuove norme corrono il rischio di generare questo tipo di inefficienze.

Il decreto n. 1/2012 viene impropriamente chiamato decreto liberalizzazioni, ma a mio parere dovrebbe essere chiamato decreto per la regolazione pro-competitiva (per quanto questo nome sia senz'altro meno attraente). Di liberalizzazioni vere e proprie nel decreto ce ne sono poche. Abbiamo invece una serie di regolazioni che potenzialmente spingono gli operatori verso un assetto più competitivo, e questo è certamente il primo e più importante pilastro dell'azione governativa anche in materia di assicurazioni. Non posso fare un elenco di tutte le misure a carattere pro-competitivo. Mi limiterò ad alcuni esempi per illustrare quanto dico: la norma sulla scatola nera forse in un mercato più reattivo poteva essere evitata. Però è un fatto che le compagnie di assicurazione non hanno sfruttato appieno le potenzialità dello strumento in

maniera autonoma, altrimenti sarebbe stato in effetti preferibile che il Governo non fosse intervenuto in una materia di questo genere. La standardizzazione degli strumenti tecnici e di contratti in questo campo può generare una maggiore competizione, laddove queste opportunità non siano pienamente colte dal mercato. Considerazioni di analogo tenore si applicano ad una norma che io ritengo particolarmente rilevante, quella sul contratto standard. In astratto se il mercato funzionasse in maniera efficiente, non ci sarebbe bisogno di avere un contratto standard sul quale si può esercitare in maniera più diretta, si può focalizzare, la competizione di prezzo. L'auspicio assoluto è che in futuro questo tipo di regolazioni non solo non siano necessarie ma, siccome peraltro possono generare paradossalmente rischi di collusione, possano essere revocate. L'intenzione del Governo, di questo Governo ma speriamo anche di quelli futuri, è che questo tipo di regolazioni sia temporaneo non certo definitivo. Però credo che allo stato delle cose l'utilità dell'intervento sia fuori discussione.

L'altra gamba della strategia di politica economica del Governo in materia assicurativa è il contrasto ai comportamenti opportunistici che certamente motivano una gran parte della differenza di competitività tra il settore italiano e quello di altri Paesi, soprattutto nell'RC Auto. I due pilastri dell'azione del Governo ovviamente sono complementari l'uno all'altro, nel senso che molte norme hanno a che fare sia con l'uno che con l'altro. La scatola nera tipicamente ha come obiettivo lo stimolo della competizione ma allo stesso tempo il contrasto delle frodi. Vorrei peraltro specificare che il target non sono solo le frodi in senso stretto, perché nel mercato assicurativo la grande imperfezione sta poi anche nella presenza di comportamenti opportunistici di scarsa limitazione del rischio in generale. Questi comportamenti producono necessariamente effetti negativi quando il rischio, viene trasferito su qualcun altro. Quindi, si tratta di qualcosa di più ampio del puro contrasto alle frodi. Direi che da questo punto di vista un'elaborazione di strumenti che è avvenuta anche precedentemente all'entrata in carica del Governo, è maturata in tempi tutto sommato straordinariamente brevi nell'azione governativa, anche se è vero che poi una cosa è far passare un provvedimento in Parlamento, altra cosa invece è emanare i decreti attuativi. Su questo punto siamo abbastanza in ritardo. In realtà però si tratta di difficoltà tutto sommato anticipabili ed anticipate del percorso di riforma.

Per passare invece all'assetto regolatorio e quindi al tema centrale della Tavola Rotonda di oggi, personalmente mi sento di difendere gli aspetti principali della riforma dell'assetto regolatorio presente nella *spending review*. Le ragioni per cui c'è stata una modifica dell'assetto regolatorio sono solo in parte rinvenibili nella volontà autonoma di questo Governo; Ci sono delle ragioni oggettive, che in parte sono già state menzionate, la convergenza tra banche e assicurazioni è un fenomeno che è nei fatti, non è che sia soltanto una sovrapposizione regolamentare alla realtà. E' stata la crescente integrazione

fra i due mondi che ha suggerito un'integrazione anche della regolamentazione. Però ci sono anche una serie di altri elementi che suggeriscono la convergenza regolamentare, alcuni di essi contingenti. Viviamo, come dicevo prima, in un mondo di crescente rischio, anche finanziario. Questo rischio finanziario che riguarda ovviamente anche le assicurazioni, cambia e deve cambiare necessariamente il nostro modello di regolazione. D'altro canto, come è stato ricordato poco fa, c'è il Moloch della direttiva *Solvency* che prima o poi andrà applicata anche se siamo assolutamente in una fase non solo transitoria ma, diciamo così, di trattativa perché alcuni aspetti della direttiva chiaramente non sono razionali. Tuttavia è evidente che la regolazione nazionale non potrà che cambiare in una certa direzione che è quella indicata dalla direttiva *Solvency*, ovvero la maggiore attenzione al rischio finanziario anche dei soggetti come le assicurazioni. E questo per un complesso di motivi fra cui c'è ovviamente l'effetto che grossi soggetti, cioè soggetti con un *pool* di liquidità enorme come le assicurazioni hanno sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso.

Questa attenzione non può che crescere e anche indipendentemente dalla regolamentazione europea. Ci sono aspetti della direttiva *Solvency* che sono molto discutibili, e che non hanno mancato di sollevare critiche anche rispetto alla stessa regolazione bancaria, sia in ambienti accademici che di mercato. La valutazione 'a mercato', che certamente genera pericolosi effetti pro-ciclici, per esempio, nel caso di intermediari come le assicurazioni che investono in un'ottica tendenzialmente di lungo periodo non può che provocare delle oscillazioni paurose del capitale regolatorio, tanto più in una fase di mercato come quella che stiamo vivendo. Però al di là di questi aspetti rilevanti, ancora in fase di definizione, è evidente che a un certo punto la direttiva andrà applicata, generando una convergenza con la regolazione bancaria. Ed essa per certi aspetti risponde ad una esigenza reale, e secondo me ineludibile, quella di una migliore valutazione del rischio anche finanziario. Il complesso di queste considerazioni mi conduce sostanzialmente a dare un giudizio positivo della variazione dell'assetto regolamentare.

C'è un ultimo elemento che vorrei menzionare, anche se non gli conferirei un'enfasi particolare. Nel corso degli ultimi 15 anni, c'è sempre stato un certo grado di insoddisfazione in particolare sugli aspetti pro-competitivi dell'assetto regolatorio precedente. Anche se questo non è stato un argomento veramente dirimente per le variazioni istituzionali che abbiamo osservato, tuttavia è un elemento di sfondo che ha avuto un peso. Personalmente sono stato dirigente alla Presidenza del Consiglio per 3 anni e nel 2001 ho curato per parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri la raccolta di informazioni per un Rapporto sulla regolamentazione italiana compilato dall'OCSE. Il Rapporto (*Regulatory Reform in Italy*, OECD), analizzava lo stato della regolazione in molti settori ed apprezzava fortemente una serie di variazioni importanti dell'assetto regolatorio italiano, avvenuti a cavallo tra il '99 ed il 2000, l'epoca

delle grandi liberalizzazioni. Anche in quel rapporto il giudizio sull'Isvap era un po' problematico.

Verrei adesso alle ultime questioni che sono state poste ovvero quelle degli steccati al trasferimento del rischio tra soggetti, ed in particolare alla possibilità che l'integrazione delle Autorità possa avere un effetto di smantellamento di questi steccati, o perlomeno depotenziarli. La mia opinione è che si tratti di un rischio complessivamente limitato. Una delle motivazioni della integrazione è effettivamente proprio l'aumento delle capacità di valutazione della rischiosità sia delle assicurazioni che delle banche in termini sistemici. Tendenzialmente una valutazione integrata dovrebbe essere più efficiente e rendere meno probabili fenomeni di 'arbitraggio' del rischio. A meno che ovviamente si pensi a fenomeni di cattura del regolatore assicurativo da parte del mondo bancario. Al momento direi che l'eventualità di cattura della Banca d'Italia è alquanto improbabile. Sempre nel rapporto sulla regolamentazione sopra menzionato, c'era una frase molto interessante a proposito della Banca d'Italia. I funzionari dell'OCSE in genere raccomandavano in maniera standardizzata una maggiore indipendenza della Banca centrale rispetto al Governo. Nel caso italiano, si diceva in maniera scherzosa ovviamente, probabilmente la raccomandazione avrebbe dovuto essere capovolta, nel senso di rendere maggiormente indipendente il Governo dalla Banca centrale.

A proposito della variazione dell'assetto istituzionale della regolazione vorrei comunque specificare che non è esattamente vero che viene eliminato il regolatore dal comparto assicurativo, anche se è vero che le funzioni vengono certamente integrate. Rimane una struttura formalmente separata, nella quale accanto al Direttore generale ci sono dei membri specificamente ed unicamente competenti nel settore assicurativo. Non era comunque l'intenzione del Governo insomma, al di là dell'integrazione parziale, di suggerire che la regolazione assicurativa debba essere del tutto analoga a quella bancaria. Ci sono delle assolute specificità di cui bisogna certamente tenere conto. L'obiettivo è piuttosto quello di un'integrazione e trasferimento di metodologie, con i limiti del caso, piuttosto che di vera rivoluzione dell'assetto regolamentare. Sotto questo punto di vista credo che l'obiettivo sarà sicuramente centrato. Infine le difficoltà richiamate sul fatto che il cambiamento dell'assetto istituzionale avvenga 'a parità di spesa' (una formula magica che si usa in generale in qualunque atto normativo anche per obblighi costituzionali) sono a mio parere esagerate. Pur avendo la Banca d'Italia effettuato già una ristrutturazione, con il trasferimento di alcune delle competenze in materia di vigilanza bancaria alla BCE, io credo che un certo spazio per il trasferimento di risorse anche umane competenti nelle materie che la Solvency ci obbligherà a regolamentare, ci sarà. In ultima analisi ritengo che ci sia lo spazio per un'organizzazione più efficiente della regolazione nel settore assicurativo e che le recenti novità vanno nella giusta direzione.





## CONTROLLI INTERNI, RUOLO DEGLI ORGANI SOCIALI, GESTIONE DEL RISCHIO NEL SETTORE ASSICURATIVO

Paolo Montalenti\*

SOMMARIO 1. Controlli interni e *corporate governance*. – 2. Il settore assicurativo: indicazioni di sistema. – 3. Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo: i principi generali. – 4. Il ruolo degli organi sociali nel settore assicurativo. – 5. I componenti del sistema dei controlli interni. – 6. Cooperazione interorganica e controlli funzionali alla corretta gestione nel settore assicurativo. – 7. Gestione dei rischi e funzione di *compliance*. – 8. Gruppo assicurativo, presidio dei rischi, sistema di controllo. – 9. Regole tecniche e regole giuridiche: riflessioni conclusive. – 10. Proposte di riforma per una razionalizzazione del sistema dei controlli nelle società per azioni.

### 1. Controlli interni e *corporate governance*

I controlli interni nelle società di capitali rappresentano uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati<sup>1</sup>.

\* Presidente AIDA Italia-PC Aida World e Università degli Studi di Torino.

1 Su questi argomenti rinvio al mio ultimo contributo in argomento: *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.* 2013, p. 42 ss.; vedi anche P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 159 ss. Segnalo alcuni lavori in cui ho precedentemente trattato il tema degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli: *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Le Società*, 1998, p. 899 ss.; *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803 ss.; *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 65 ss.; *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 2, Cedam, 2004, p. 227 ss.; *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, I, 2005, p. 435 ss.; *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2005, p. 294 ss.; *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, Vol. 2, p. 832 ss.; *Sui controlli societari: funzioni da semplificare*, in *Il Sole 24-ore*, 27 novembre 2007; *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; *Il sistema dei controlli interni: realtà e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 935 ss. *Il sistema dei controlli: profili generali*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato Cottino*, vol. V, 1, Padova, 2010, p. 691, anche per riferimenti.

Dal *Sarbanes Oxley Act* – si pensi, in particolare, alle norme in tema di *Audit Committee* (sec. 301) – al *Dodd-Frank Act* – si pensi alle *rules* in tema di “*Strengthening Corporate Governance*” (sec. 972) – il sistema statunitense ha rappresentato, sia pure con soluzioni suscettibili di valutazioni critiche per eterogenesi dei fini da eccesso di rigore (si pensi ai numerosi *delisting*), un punto di riferimento anche per gli ordinamenti europei.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina dei *non audit services* nella L. 262/2005, mutuata, appunto, dal *Sarbanes-Oxley Act*.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi<sup>2</sup>: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate, con la L. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998, all'estensione di poteri analoghi al collegio sindacale nelle non quotate con la riforma societaria del 2003, sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

Il quadro si compone, poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle competenze del *collegio sindacale* in tema di regole di governo societario (art. 149, 1° co., lett. *c-bis*, t.u.f.) e alle competenze del *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili in materia di “adeguate procedure amministrative e contabili” per la formazione del bilancio (art. 154-*bis*, comma 3°, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela

2 Cfr. P. MONTALENTI, S. AMBROSINI, *Il controllo sulla gestione*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 691 ss. e già A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, ed. *Il Sole 24 ore*, Milano, 2010. In argomento si vedano, altresì, sui temi generali, AA.VV., *Controlli interni ed esterni nelle società per azioni*, Milano, 1972; ROOT, *Beyond COSO. Internal control to enhance corporate governance*, Hoboken (New York), 2000; M. BARALDI, A. PALETTA e M. ZANIGNI, *Corporate governance e sistema di controllo interno*, Milano, 2004; M. COMOLI, *I sistemi di controllo interno nella corporate governance*, Milano, 2002; M.A. EISENBERG, *Corporations and Other Business organizations. Cases and Materials*, 9a ed., New York, 2005, 199; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 71; R. RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 242; AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Atti convegno CNPDS – Fondazione Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, Milano, 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale*, 1 gennaio 2012, reperibile sul sito [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it); AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010; C. ANGELICI, *Su mercato finanziario, amministratori e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1ss., specie pp. 3-11, P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 159 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, in *Dir. fall.*, I, p. 251 ss.



del risparmio (L. 28 dicembre 2005, n. 262), alle disposizioni regolamentari nei settori vigilati, al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2011.

E in questo quadro, legislativo e tecnico, si innestano la disciplina del modello di prevenzione dei reati ex d.lgs. 231/2001<sup>3</sup> e delle procedure antiriciclaggio introdotte dal d.lgs. 21 novembre 2007<sup>4</sup>.

E' paradigmatico con quale attenzione, e costanza, operatori e studiosi stiano formulando quantomeno da un decennio riflessioni, valutazioni, proposte<sup>5</sup>.

## 2. Il settore assicurativo: indicazioni di sistema<sup>6</sup>

In questo quadro si innesta il Regolamento ISVAP, 26 marzo 2008, n. 20, come modificato dal Provvedimento ISVAP, 8 novembre 2012, n. 3020, che disciplina la materia con particolare analiticità, collegando strettamente – in tema di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione – le regole aziendalistiche con i precetti normativi<sup>7</sup> e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema – di rilievo sistematico generale – del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

3 Mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti, a due contributi che ho dedicato all'argomento: P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; ID, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *AGE*, 2009, p. 383 ss. Vedi anche ID., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 842 ss. In argomento vedi ora AA.VV., *D.lgs. 23: dieci anni di esperienza nella legislazione e nella prassi*, in *Società, Gli speciali*, 2011.

4 Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Procedure antiriciclaggio Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio*, in AA.VV. *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Atti del Convegno CNPDS, Fondazione Courmayeur, 28-29 settembre 2012, Milano, 2013, p. 79 ss.

5 Cfr. AA.VV., a cura di Assonime, *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2009. Cfr. OSSERVATORIO DEL DIRITTO SOCIETARIO, *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, ed. *Il Sole 24 ore*, 2008; Id.; *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, ed. *Il Sole 24 ore*, 2010.

6 I paragrafi che seguono appariranno anche in un più ampio scritto dal titolo *Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo*, in *Assicurazioni*, 2013, p. 193 ss.

7 Di particolare interesse la nozione di "Alta Direzione", che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell'impresa; la disciplina delle funzioni di controllo - revisione interna, *risk management e compliance* - di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

Più precisamente la norma ha anticipato il Codice di Autodisciplina<sup>8</sup> prevedendo espressamente che «l'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo<sup>9</sup>».

La norma rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

E in effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire – se l'equilibrio è raggiunto – la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate<sup>10</sup>.

### 3. Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo: i principi generali

La normativa secondaria detta una disciplina articolata del sistema dei controlli interni.

Si precisano, in primo luogo, i principi generali (Capo II, Sezione I, Reg. ISVAP 20/2008), anticipando alcuni obiettivi che oggi ritroviamo sia nella regolazione secondaria nel settore bancario sia nel Codice di Autodisciplina, precisandosi che il sistema deve garantire “l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'adeguato controllo dei rischi, l'attendibilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali, la salvaguardia del patrimonio e la conformità dell'attività dell'impresa alla normativa vigente, alle direttive e alle procedure aziendali” (art. 4); obiettivi che richiamano le funzioni di *risk management*, *audit*, e *compliance*, oggi entrate, se così si può dire, nel vocabolario comune.

La previsione di norme di principio può lasciare, a prima vista, perplessi circa l'efficacia prescrittiva; vero è, tuttavia, che disposizioni apparentemente solo descrittive di strutture e processi trasposte in norme, sia pure regolamentari,

<sup>8</sup> Sul punto vedi, *supra*, § 1.

<sup>9</sup> La norma secondaria stabilisce infatti che «l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di risk management e di compliance, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo».

<sup>10</sup> Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Società quotate, mercati finanziari e tecniche di regolazione*, in Omaggio a Piergaetano Marchetti, *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, Milano, 2010, p. 437 ss.

assumono connotati di doverosità cogente che specificano e concretizzano il paradigma generale della diligenza professionale degli amministratori.

Si tratta, inoltre, di regole che si collegano esplicitamente ad assetti, procedure e funzioni ampiamente esplorate – in teoria e nella prassi – dalle discipline aziendalistiche e che, quindi, assumono connotati di specificità e concretezza tali da poterle configurare come norme di condotta e non come meri “principi costituzionali”.

#### 4. Il ruolo degli organi sociali nel settore assicurativo

Il regolamento qui in esame contiene numerose, analitiche disposizioni dirette a disciplinare il ruolo degli organi sociali. Precisata la responsabilità di vertice dell'organo amministrativo (art. 5, 1° co.), il regolamento specifica analiticamente “i compiti di indirizzo strategico e organizzativo di cui all'articolo 2381 del codice civile”, con puntualizzazioni utili sul piano operativo perché non necessariamente configurabili *ictu oculi* siccome ricomprese nel precetto generale.

Si segnalano, ad esempio, il dovere di curare “una appropriata separazione di funzioni”, la previsione di “strumenti di verifica sull'esercizio dei poteri delegati, l'impostazione di periodicità (annuale) della revisione delle procedure, l'obbligo dell'organo gestorio di richiedere di essere “periodicamente informato sulla efficacia e adeguatezza del controllo interno e di gestione dei rischi” (cfr. art. 5, 2° co., Reg. cit.).

Si stabilisce poi – con il Provvedimento ISVAP n. 3020/2012 – che l'organo amministrativo possa prevedere adeguati piani di emergenza (c.d. “contingency arrangements”) qualora decida di avocare a sé i poteri delegati [art. 5, comma 2, lettera c)].

Si prevedono altresì, sempre al comma 2, compiti specifici dell'organo amministrativo che:

*“j) assicura un aggiornamento professionale continuo, esteso anche ai componenti dell'organo stesso, predisponendo, altresì, piani di formazione adeguati ad assicurare il bagaglio di competenze tecniche necessario per svolgere con consapevolezza il proprio ruolo nel rispetto della natura, dimensione e complessità dei compiti assegnati e preservare le proprie conoscenze nel tempo;*

*k) effettua, almeno una volta l'anno, una valutazione sulla dimensione, sulla composizione e sul funzionamento dell'organo amministrativo nel suo complesso, nonché dei suoi comitati, esprimendo orientamenti sulle figure professionali la cui presenza nell'organo amministrativo sia ritenuta opportuna e proponendo eventuali azioni correttive.”*

Infine, al comma 3, si aggiunge *ex novo* che “l'organo amministrativo assicura

*che la relazione sul sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi illustri in modo adeguato la struttura organizzativa dell'impresa e rappresenta le ragioni che rendono tale struttura idonea ad assicurare la completezza, la funzionalità ed efficacia del sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi*", nonché il conseguente obbligo (comma 4) di comunicare all'IVASS ogni significativa modifica alla struttura organizzativa.

Si disciplinano espressamente il Comitato per il controllo interno (Art. 6), i compiti dell'organo di controllo (Art. 8), le funzioni dell'Alta direzione (Art. 7).

## **5. I componenti del sistema dei controlli interni**

Il regolamento (art. 10) impone la promozione della cultura del controllo interno come strumento di "efficientamento" del sistema in termini di adeguata preparazione del personale, di effettività nello svolgimento dell'attività di controllo, di rispetto degli *standard* etico-legali.

Si prevede l'adozione di un *codice etico* che "definisca le regole comportamentali, disciplini le situazioni di potenziale conflitto di interesse e preveda azioni correttive adeguate, nel caso di deviazioni dalle direttive".

Si prevedono poi (art. 11) procedure specifiche – quali "meccanismi di doppie firme, autorizzazioni, verifiche e raffronti, liste di controllo e riconciliazione dei conti", al fine di costruire un sistema efficiente di *check and balance*.

Si disciplinano nel dettaglio (art. 12) le procedure relative a flussi informativi e canali di comunicazione, precisando i tratti distintivi dei principi a cui il sistema informativo deve ispirarsi, ovvero i principi di accuratezza, completezza, tempestività, coerenza, trasparenza e pertinenza.

## **6. Cooperazione interorganica e controlli funzionali alla corretta gestione nel settore assicurativo**

Fissato il principio generale di cooperazione tra organi e tra "tutte le strutture che svolgono funzioni di controllo" (art. 8, 2° co., Reg.) il regolamento in esame prevede specifici obblighi di collaborazione con la società di revisione e con gli organi di controllo di altre società del gruppo – regole del resto già contenute in disposizione legislative – ma, soprattutto, impone un obbligo di rapporto dialettico attivo con l'organo amministrativo che, alla luce dell'esperienza, pare particolarmente rilevante. L'art. 8, 3° co., lett. f), stabilisce che l'organo di controllo "segnala all'organo amministrativo le eventuali anomalie o debolezze dell'assetto organizzativo e del sistema dei controlli interni indicando e sottolineando idonee misure correttive".

La disposizione è densa di significato operativo e sistematico.

In primo luogo sottolinea la funzione di cooperazione diretta alla gestione dell'organo di controllo di contro ad una visione meramente sanzionatoria.

Inoltre impone all'organo di controllo lo specifico dovere non solo di segnalare le anomalie, ma anche di individuare possibili soluzioni per superare anomalie, criticità, debolezze del sistema di controllo interno.

L'esperienza pratica ci insegna quanto frequente sia non tanto la mancanza di rilevazione di criticità quanto la non tempestività della segnalazione e la conseguente tardività delle misure reattive.

Un'indicazione sistematica che dovrebbe essere, come dirò in chiusura<sup>11</sup>, ripresa a livello di normativa primaria imponendo all'organo di controllo un obbligo *periodico* di *report* all'organo amministrativo per stabilire un nesso operativo efficace di tra controllo e gestione.

## 7. Gestione dei rischi e funzione di *compliance*

Il tema della gestione dei rischi che, come si è detto, è oggi al centro delle “regole di *governance*” della disciplina secondaria nel settore bancario e del Codice di Autodisciplina, è, in una prospettiva anticipatrice, presidiato nel Regolamento ISVAP sotto il profilo degli obiettivi, della tipologia dei rischi, delle tecniche procedurali.

I rischi “più significativi” sono individuati tra quelli che (i) “possono minare la solvibilità dell'impresa” e quelli che (ii) possono “costituire un serio ostacolo alla realizzazione degli obiettivi aziendali” (Art. 18, 1° co.).

La catalogazione deve includere “almeno” il rischio di assunzione, di riservazione, di mercato, di credito, di liquidità; il rischio operativo, il rischio legato all'appartenenza al gruppo, il rischio di non conformità alle norme, il rischio reputazionale (Art. 18, 2° co.).

Se si analizzano i singoli rischi – puntualmente descritti – si percepisce quanto la loro tempestiva rilevazione – vuoi che si tratti di rischi generali (quale il rischio di mercato, di credito, di liquidità) o di rischi specifici del settore (qual è il rischio di riservazione) – sia necessaria per l'adozione tempestiva di misure correttive.

Anche la *metodologia procedurale* (art. 19) è disciplinata, precisandosi la tipologia del processo di analisi, le tecniche di misurazione del rischio, l'inserimento della politica dei rischi in una visione integrata con l'adozione di modelli di *asset-liability management*.

Si impone espressamente l'obbligo della “tempestività di rilevazione” e della predisposizione di “adeguati piani di emergenza” (art. 19, comma 7).

Prescrizioni specifiche sono poi dettate per l'utilizzo degli “*stress test*” (art. 20).

Trasponendo risultati acquisiti dalle scienze aziendalistiche ma non sempre

<sup>11</sup> Vedi *infra* § 10.

adeguatamente metabolizzati nella prassi, si disciplinano, sotto il profilo organizzativo e funzionale, sia la funzione di *risk management* (art. 21) sia la funzione di *compliance* (art. 22).

## 8. Gruppo assicurativo, presidio dei rischi, sistema di controllo

Il diritto comune conosce oggi una disciplina del gruppo, più esattamente della responsabilità da direzione e coordinamento (art. 2497 cod. civ.) da cui di evince la legittimazione all'esercizio, da parte della controllante, di un'attività di condizionamento e indirizzo, nella logica unitaria del gruppo, nei confronti delle singole controllate<sup>12</sup>. Con un puntuale parallelismo con l'ordinamento bancario e, segnatamente, con la disciplina della direzione unitaria in funzione della stabilità del gruppo (cfr. art. 61, comma 4, d.lgs. 385/1993), il Regolamento ISVAP declina il ruolo della capogruppo nell'ambito del presidio dei rischi e delle procedure di controllo.

Il ruolo della capogruppo deve esplicitarsi in termini di controllo strategico, controllo gestionale, controllo tecnico operativo (art. 26). Fermi restando gli obblighi organizzativi di ogni singola società, si regolano le procedure di coordinamento e di collegamento infragruppo anche in punto di integrazione dei sistemi contabili, di flussi informativi periodici, di accertamento, quantificazione e controllo delle operazioni infragruppo, di definizione dei compiti e delle responsabilità delle diverse unità deputate al controllo e i meccanismi di coordinamento, di identificazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi a livello di gruppo (art. 27).

La rispondenza dei comportamenti delle società del gruppo agli indirizzi della capogruppo e l'efficacia di sistemi di controllo interno devono essere verificate attraverso accertamenti periodici.

E' prevista e regolata (art. 29) anche la possibilità di esternalizzazione di funzioni attraverso accordi di esternalizzazione.

## 9. Regole tecniche e regole giuridiche: riflessioni conclusive

La lettura delle disposizioni regolamentari che qui ho inteso esaminare e descrivere analiticamente potrebbe condurre a qualche riflessione critica.

Si potrebbe cioè essere tentati di ritenere che la trasposizione di principi e regole tecniche in disposizioni regolamentari sia sostanzialmente superflua, atteso che i paradigmi aziendalistici sono comunque noti agli operatori del settore e che pertanto la loro osservanza discende dai doveri generali di

<sup>12</sup> Sia consentito il rinvio al mio *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 317 ss.



diligenza professionale imposti dalla disciplina societaria di diritto comune. Si potrebbe anche essere condotti a ritenere che le prescrizioni tecniche sono in qualche misura *self-evident*, limitandosi a precisare il contenuto di doveri generali già insiti nelle norme primarie.

In realtà così non è.

In primo luogo la regola tecnica trasposta in disposizione normativa assume un grado diretto di cogenza.

Inoltre la specificazione analitica dei doveri è strumento prezioso per orientare e omologare i comportamenti fornendo indicazioni di dettaglio su funzioni, procedure, obiettivi che diversamente potrebbero trovare applicazioni fortemente differenziate pur nella condivisione di massima delle finalità e delle metodologie.

Infine la traduzione delle *best practice* in regole normative quando si è pervenuti ad un grado significativo di adesione spontanea – ad esempio attraverso linee-guida di associazioni imprenditoriali, principi di comportamento elaborati da ordini professionali, codici di autodisciplina, “manuali operativi riconosciuti” – trasforma gli *standard* in *rules* accrescendone la cogenza e la coercibilità.

E’ ciò che è avvenuto anche a livello di norme primarie: la “omologazione” del linguaggio tecnico – si pensi al bilancio o alle regole di organizzazione (cfr. art 2381 cod. civ.) – diminuisce i margini di opinabilità dei precetti, fornisce quindi criteri di comportamento più puntuali, favorisce una maggiore uniformità dell’applicazione giurisprudenziale.

In conclusione in materia di imprese e di settori specialistici un appropriato bilanciamento tra norme primarie, norme secondarie e autodisciplina costituisce una tecnica di regolazione appropriata.

## 10. Proposte di riforma per una razionalizzazione del sistema dei controlli nelle società per azioni

Per una più organica regolamentazione dell’intera materia, nel sistema di diritto comune e delle società quotate, proprio traendo spunto dalle considerazioni sopra svolte in relazione al settore speciale del diritto assicurativo, si possono suggerire alcuni interventi razionalizzatori<sup>13</sup>, prescindendo dalla questione se attraverso norme primarie o secondarie, anche se le tre proposte principali qui formulate ben potrebbero essere inserite nel diritto societario comune in quanto non necessariamente appropriate per le sole società quotate.

Le proposte di modificazione legislativa che mi sento di suggerire sono le

<sup>13</sup> Ho già formulato le proposte qui indicate in *Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2012, n. 12, p. 9 ss.; vedile anche riprese in *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.* 2013, cit.

seguenti:

(i) attribuire espressamente all'organo di controllo – collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi – la funzione di coordinamento di tutte le istanze di controllo interno alla società in base ad un regolamento adottato dal consiglio di amministrazione;

(ii) prevedere l'*obbligo periodico – ad esempio trimestrale - di relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* sul funzionamento del *sistema di controllo* e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.



## **DIVIETO DI RINNOVO AUTOMATICO E COMMERCIALIZZAZIONE DEI PRODOTTI ASSICURATIVI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE AUTOMOBILISTICA**

**Sara Landini\***

### **Premessa**

Il c.d. decreto sviluppo bis (DECRETO-LEGGE 18 ottobre 2012 n.179 (in Suppl. ordinario n. 194 alla Gazz. Uff., 19 ottobre 2012, n. 245). - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221 - Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.) innova anche in punto di divieto di rinnovo automatico con una novellazione delle norme del codice delle assicurazioni private (DLGS 209/2005 da ora in poi c.a.p.) relative all'assicurazione civile automobilistica.

Prima di calarci nell'interpretazione della nuova norma introdotta dal legislatore vediamo come il rinnovo automatico era disciplinato e operava.

### **Il rinnovo tacito nel Codice civile**

Il rinnovo automatico trovava e trova una disciplina di carattere generale all'art. 1899 c.c. in materia di durata del contratto il quale al II comma prevede *“Il contratto può essere tacitamente prorogato una o più volte, ma ciascuna proroga tacita non può avere una durata superiore a due anni.”*

La norma in esame disciplina la durata del contratto ponendo il termine di inizio degli effetti del contratto alle ore ventiquattro del giorno della conclusione dello stesso, determinata secondo la regola dell'art. 1326, e il termine di cessazione degli effetti del contratto alle ore ventiquattro dell'ultimo giorno di durata individuato in via convenzionale.

Si tratta, comunque, di una norma derogabile. È quindi consentito alle parti del contratto di individuare un termine diverso di inizio o di fine del contratto <sup>(1)</sup>.

Al fine di evitare che, attraverso la stipulazione di polizze poliennali, l'assicurato si trovi vincolato ad un contratto che non risponde più ai propri interessi, il legislatore, già nella versione dell'art. 1899 del 1942, prevedeva il diritto di disdetta dell'assicurato.

---

\* Università degli Studi di Firenze.

1 In tal senso da ultimo Cass., 10.6.2005, n. 12305, in *Mass. Foro it*, 2005; Cass., 24.12.1994, n. 11142, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1234.

Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 1899, come in origine formulato, sanciva infatti: «In caso di durata poliennale, l'assicurato ha facoltà di recedere annualmente dal contratto».

La presente disposizione è stata modificata in un primo momento dall'art. 5 della legge 2 aprile 2007, n. 40, nota come legge Bersani, con cui si prevedeva la facoltà per l'assicurato di recedere annualmente con preavviso di sessanta giorni. Successivamente gli attuali secondo e terzo periodo sono stati sostituiti dal secondo periodo dall'art. 21, III comma l. 23 luglio 2009, n. 99.

In base a tale nuova disposizione vi è la possibilità di stipulare contratti di durata poliennale purché il premio sia ridotto rispetto a quello previsto nei contratti annuali.

Ove poi il contratto abbia durata superiore a cinque anni, allo scadere del quinquennio l'assicurato ha diritto di recedere con preavviso di sessanta giorni.

Come detto al II comma dell'art. 1899 si prevede poi la possibilità di prorogare tacitamente la durata del contratto.

## Il rinnovo tacito nella Giurisprudenza

Il rinnovo tacito rappresenta un meccanismo di interesse per l'assicuratore, che vede la possibilità di mantenere il rapporto risparmiando sui costi di intermediazione del prodotto, e per l'assicurato, che attraverso il rinnovo tacito evita di rimanere involontariamente scoperto a causa della scadenza dimenticata del contratto.

Quest'ultimo profilo acquista peraltro una particolare rilevanza in ipotesi di assicurazione obbligatoria in cui la mancanza di copertura importa conseguenze anche sul piano sanzionatorio.

La funzione di interesse per l'assicurato viene sottolineata dalla giurisprudenza che ha interpretato la norma in chiave di tutela del contraente.

In tal senso si può *in primis* ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la manifestazione di una volontà contraria alla proroga può essere espressa anche in forma tacita.

In caso di controversia promossa dall'assicurato per l'accertamento dell'avvenuta disdetta alla naturale scadenza del contratto, onde evitarne la proroga tacita di cui all'art. 1899, II comma, c.c., la prova di tale disdetta può essere fornita anche mediante la prova dell'esistenza di tempestive ed inequivoche manifestazioni tacite di volontà, evidenzianti un'intenzione contraria alla prosecuzione del rapporto. Né può dirsi che allo scioglimento del rapporto per *facta concludentia*, è di ostacolo l'assoggettamento del contratto di

assicurazione alla forma scritta *ad probationem* <sup>(2)</sup>.

Una pratica invalsa nel mercato assicurativo era quella di ammettere la proroga a condizioni diverse del contratto.

I giudici di pace sono intervenuti contro simili prassi che risultano contrarie al dettato dell'art. 1899 a meno che la modifica delle condizioni, in particolare del premio, sia giustificata dall'applicazione della clausola *bonus malus* <sup>(3)</sup>.

La giurisprudenza di merito si è interessata anche della vessatorietà delle clausole di proroga che prevedano termini eccessivamente anticipati rispetto alla scadenza del contratto per dare disdetta. In tal modo, infatti, si imporrebbe all'assicurato di dover ponderare entro un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza naturale del contratto sull'opportunità di una proroga del contratto <sup>(4)</sup>.

Talune prassi commerciali, poste in essere dall'assicuratore al fine di incidere sull'esercizio del diritto di recesso dell'assicurato, sono state oggetto di alcune pronunce dell'AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) in applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

In base all'art. 20 cod. cons., come modificato dal d.lg 146/2007, è vietata ogni pratica commerciale "contraria alla diligenza professionale (...) falsa, o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

In particolare l'AGCM avrebbe sanzionato la prassi di alcune compagnie e

2 Così Cass., 29.05.2001, n. 7278, cit. In giurisprudenza si precisa però che le determinazioni delle parti in relazione al termine di inizio e di fine degli effetti del contratto non ammettono modifica o risoluzione per determinati comportamenti concludenti laddove, come di norma avviene, nel contratto detti comportamenti siano stati preventivamente ed espressamente qualificati dalle parti come vicenda non in grado di rappresentare una tacita deroga al limite temporale stabilito per l'esercizio del diritto potestativo di proroga. Così, in caso di individuazione del termine finale del contratto, l'eventuale incasso di premi da parte dell'assicuratore, oltre il suddetto termine, non configura un comportamento concludente al fine di prorogare la durata del contratto oltre i termini convenzionalmente stabiliti. In tal senso T. Arezzo, 06.10.2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1393 *contra* la giurisprudenza di merito anteriore. T. Como 3.4.1998, in *Danno e resp.*, 1998, 575, con nota di CAPUTI, *Cessazione della polizza assicurativa al settantesimo anno di età e incasso di premi oltre il compimento, e, prim'ancora*; T. Alessandria 14.5.1987, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 81, con nota critica di SCALFI, *Condizione, «dies incertus» o termine all'esercizio del diritto di proroga? Considerazioni sulla non assicurabilità contro gli infortuni dell'ultrasettantenne*.

3 Giudice di pace Napoli, 05.02.2003, in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 15, 78.

4 Cfr. A. Roma, 07.05.2002, in *Foro it.*, 2, I, 2823, con nota di DE ROSAS - SALMIERI, *Consumatori, contratti e difesa dalle vessazioni: gli ingranaggi cominciano faticosamente a girare*.

agenzie di inviare presso il recapito postale degli assicurati, in prossimità della prima scadenza annuale successiva all'intervenuto scioglimento del contratto, avvisi di scadenza di polizza con indicazione degli importi dovuti a titolo di rata annuale del premio, corredati di moduli prestampati da utilizzare per il versamento sul conto corrente postale dell'Agenzia <sup>(5)</sup>.

In tal modo si finiva per sollecitare un'esecuzione del contratto, magari inconsapevole, dopo lo scadere del suo termine finale. Il che avrebbe potuto giustificare l'applicazione del meccanismo della proroga tacita in violazione della libera determinazione del consumatore che aveva pagato il premio nell'errato convincimento che questo fosse ancora dovuto.

È stata inoltre considerata scorretta la pratica adottata da alcuni assicuratori tesa a falsare la conoscenza da parte dei consumatori dei diritti loro riconosciuti dalla legge Bersani (d.l. 7/70) in tema di disdette da polizze poliennali <sup>(6)</sup>, incidendo, in misura apprezzabile, sul comportamento economico del consumatore medio in relazione alla esatta individuazione dei presupposti necessari per esercitare detta facoltà di recesso.

Veniamo quindi a considerare il divieto di rinnovo tacito previsto nel decreto sviluppo bis.

### **L'art. 170-bis del Codice delle Assicurazioni private**

L'Art. 22 intitolato "Misure a favore della concorrenza e della tutela del consumatore nel mercato assicurativo" prevede, al fine di escludere il rinnovo tacito delle polizze assicurative per la responsabilità civile automobilistica, l'inserimento dopo l'articolo 170 c.a.p. del seguente articolo 170-bis intitolato "Durata del contratto":

“1. Il contratto di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ha durata annuale o, su richiesta dell'assicurato, di anno più frazione, si risolve automaticamente alla sua scadenza naturale e non può essere tacitamente rinnovato, in deroga all'articolo 1899, primo e secondo comma, del codice civile. L'impresa di assicurazione è tenuta ad avvisare il contraente della scadenza del contratto con preavviso di almeno trenta giorni e a mantenere operante, non oltre il quindicesimo giorno successivo alla scadenza del contratto, la garanzia prestata con il precedente contratto assicurativo fino all'effetto della nuova polizza” (1).

2. Per le clausole di tacito rinnovo eventualmente previste nei contratti stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, le previsioni di cui al comma 3 dell'articolo 170-bis del decreto legislativo 7

5 AGCM provv. 20158 / 2009, in Boll. 2009 ora in Jus, 2009, p. 3.

6 AGCM provv. 19655 / 2009, in Boll. 2009; AGCM provv. 19501 / 2009, in Boll. 2009.

settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), si applicano a fare data dal 1° gennaio 2013.

3. Nelle ipotesi di contratti in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente decreto con clausola di tacito rinnovo, e' fatto obbligo alle imprese di assicurazione di comunicare per iscritto ai contraenti la perdita di efficacia delle clausole di tacito rinnovo con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine originariamente pattuito nelle medesime clausole per l'esercizio della facoltà di disdetta del contratto."

Ad una prima lettura della norma si evidenziano alcuni problemi interpretativi ed alcune aspetti che meritano riflessione:

i) la norma prevede una serie di regole di condotta che prendono forma in obblighi di avviso della imminente scadenza del contratto e, in caso di contratti in corso in cui sono previste clausole di rinnovo tacito, anche di comunicazione della sopravvenuta "inefficacia" di dette clausole.

Quali le conseguenze? La soluzione che ci pare più convincente e in linea con la giurisprudenza è quella di considerare tali obblighi come parte del contenuto contrattuale integrato *ex lege*. La loro violazione darebbe quindi luogo a responsabilità per inadempimento.

In questa direzione muove la sentenza della Cassazione a sezioni unite la quale, escludendo l'automatica applicazione del rimedio della nullità virtuale per violazione di norma imperativa, osserva che "i doveri di comportamento in

generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”<sup>(7)</sup>.

La Cassazione a sezioni unite, con specifico riguardo alle regole di condotta operanti in corso di contratto ritiene che in queste ipotesi si sia in presenza di obblighi contrattuali il cui mancato adempimento darebbe luogo alle relative conseguenze civilistiche<sup>(8)</sup>, *in primis* quelle risarcitorie.

Quale il danno risarcibile? In caso di incidente dell’ “assicurato” rimasto scoperto, avendo dimenticato la scadenza dalla copertura in assenza dei dovuti avvertimenti da parte dell’assicuratore, detto danneggiante potrebbe trovarsi di fronte ad una serie di conseguenze pregiudizievoli: sanzione amministrativa per guida senza assicurazione obbligatoria e rivalsa dell’impresa designata che abbia risarcito il danneggiato dalla circolazione della vettura non assicurata.

7 Così Cass. ss.uu. 19 dicembre 2007, nn. 26724, 26725, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Intermediazione finanziaria* [3655], n. 147, ora in *Foro it.*, 2008, I, con nota di Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le Sezioni Unite*. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 999 con nota di U. Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alla sezioni unite*. Il contrasto giurisprudenziale concerneva appunto la questione «se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, ed in specie la violazione degli specifici obblighi di informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei successivi contratti per violazione di norma imperativa ai sensi dell’art. 1418 comma 1 c.c.».

Fondamentali sono sull’argomento i contributi di V. Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in questa Rivista, 2005, 627 ss.; G. D’Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 99 ss.; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 39; F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 556 ss.; G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 83.

8 Osserva Cass. sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. «la violazione dei doveri dell’intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d’intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l’eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull’inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall’art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d’intermediazione finanziaria in corso».



II) Ancora tali avvertimenti nei loro contenuti devono essere limitati alla funzione di ricordare all'assicurato della scadenza della polizza affinché questi possa rivolgersi liberamente al mercato cercando l'offerta più rispondente ai propri interessi. Sarebbero allora da considerare pratiche commerciali scorrette quelle comunicazioni ai contraenti-consumatori che siano piuttosto volte a sollecitare la stipula di un contratto con il precedente assicuratore falsando la loro conoscenza delle disposizioni di legge ed inducendoli a ritenere, ad esempio, di avere un obbligo a proseguire il rapporto assicurativo con la medesima impresa <sup>(9)</sup>.

III) Dal lato degli assicuratori la norma impone una riflessione in quanto incide anche sulla durata del contratto. Si prevede infatti che l'impresa sia tenuta "a mantenere operante, non oltre il quindicesimo giorno successivo alla scadenza del contratto, la garanzia prestata con il precedente contratto assicurativo fino all'effetto della nuova polizza". Questo importa un allungamento della durata del contratto con incidenze sui profili microeconomici delle polizze in corso. Tale aspetto non potrà che determinare, insieme ad i maggiori costi per l'intermediazione e per la gestione dei rapporti in atto (il riferimento è ai nuovi obblighi di comunicazione ai clienti), un innalzamento dei premi.

IV) Sul lato dell'innalzamento dei premi non si può dimenticare inoltre come il divieto di rinnovo tacito impedirà alle donne di poter contenere gli effetti dell'aumento dei premi dovuti alla sentenza CJE 1 marzo 2011 la quale ha vietato alle imprese di assicurazione di discriminare i premi in ragione del sesso per i nuovi contratti. Varie le posizioni sulla possibile efficacia orizzontale della sentenza <sup>(10)</sup>. Nel dubbio gli assicuratori hanno proceduto ad un incremento dei premi delle polizze stipulate dalle donne. Per le polizze rinnovate, però, come precisato dalla Commissione Europea, la sentenza non doveva spiegare effetti, ma il divieto di rinnovo tacito impedirà alle donne di rinnovare, alle vecchie condizioni, polizze per la responsabilità da circolazione dei veicoli a motore.

Accanto ai problemi interpretativi evidenziati che la norma pone, ci pare che essa non potrà che spiegare *in primis* effetti sull'innalzamento dei premi.

---

9 V. supra nota 6.

10 Cfr. Frigessi, *Premi "unisex" vs tariffe differenziate nel settore assicurativo: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Test-Achats*, in *Assicurazioni*, 2012, 3 ss.





## **CONTRIBUTO ALLA LETTURA DEGLI ARTICOLI 138 E 139 DEL CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE**

**Patrizia Pompei\***

L'entrata in vigore degli articoli del Codice delle Assicurazioni private segna un momento di fondamentale importanza nella storia del risarcimento danno alla persona nel nostro ordinamento.

Storia travagliata e singolare, caratterizzata, dapprima, dal vuoto normativo su un aspetto fondamentale della tutela della persona e della salute, in quanto il risarcimento del danno alla persona è imprescindibile per la piena e totale salvaguardia di valori costituzionalmente garantiti, quantomeno sotto il profilo della non discriminazione rispetto alla tutela di diritti a contenuto patrimoniale, dunque sottordinati nella gerarchia dei valori costituzionali.

E, tuttavia, per un ampio lasso di tempo, il pieno ristoro del danno alla persona è stato salvaguardato solo dalla sensibilità di dottrina e giurisprudenza, della Corte Costituzionale, della Suprema Corte, ma, anche ed ancor prima, delle corti di merito.

E' seguito, solo in tempi più recenti, l'intervento del legislatore, a sancire la risarcibilità già ormai riconosciuta da dottrina e giurisprudenza, con il disposto degli artt. 138 e 139 del Codice.

L'intero sistema risarcitorio previsto dal Codice ruota intorno alla fondamentale distinzione tra danno patrimoniale da un lato (art. 137) e danno biologico, come danno non patrimoniale, dall'altro (artt. 138 e 139).

La principale novità introdotta è riconducibile al fatto che gli articoli 138 e 139 hanno il merito – al di là delle opzioni teoriche che hanno animato il dibattito dottrinario degli ultimi anni – di chiarire una delle questioni più controverse in tema di danni non patrimoniali, ossia cosa debba intendersi per danno biologico.

È noto come la categoria del danno biologico abbia conosciuto nel tempo una notevole evoluzione, grazie alla convergenza di due circostanze: la mancanza, come si è detto, di una definizione legislativa e la sollecitazione sempre più ampia a decidere casi incentrati proprio sul concetto di salute, rispondendo all'evoluzione della coscienza sociale, volta a salvaguardare sempre più e sempre più compiutamente la piena tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Ma se la mancanza, per lungo tempo, di una disciplina normativa della risarcibilità del danno alla persona ha importato l'affermazione dello stesso in termini ampi ed aperti alle sollecitazioni della sempre maggiore

---

\* Magistrato al Tribunale di Firenze.

consapevolezza della centralità di determinati valori della persona nel consesso sociale, paradossalmente il riconoscimento a livello positivo, e la definizione e regolamentazione del danno biologico sembrano, piuttosto, rispondere all'esigenza del legislatore di circoscrivere la tutela; in altre parole, il riconoscimento e la consacrazione del danno biologico, nel Codice, appare piuttosto effettuata al fine di circoscrivere l'ambito di risarcibilità della lesione del bene salute.

Dottrina e giurisprudenza, antecedentemente all'avvento del Codice, erano approdate ad una visione tripartita del danno non patrimoniale (si veda, in tal senso, Cass. 12.6.2006, n. 13546), estesa al danno biologico, al danno morale subiettivo e al danno esistenziale.

Il danno esistenziale è stato qualificato alla stregua di danno derivante dalla lesione dei diritti della personalità, ovvero come danno alla vita di relazione, dovuto ad un'alterazione dei rapporti familiari sociali, culturali, affettivi conseguenti all'evento lesivo.

Viceversa il danno morale (cd. *pretium doloris*) è stato inteso come danno da turbamento dell'animo transeunte determinato da fatto illecito costituente reato.

È tuttavia il danno biologico a rappresentare senza dubbio alcuno la voce di maggior rilevanza giuridica (oltre che di maggior consistenza economica) anche dal punto di vista squisitamente storico.

L'integrità psico-fisica costituisce una delle principali articolazioni del bene "salute", che rappresenta, indubbiamente, uno dei beni più significativi della persona umana, tutelato dall'art. 32 Cost., a partire da Corte Cost. 20.7.1979, n.88, pronuncia che segna il passaggio dalla considerazione del bene salute sotto il profilo della rilevanza pubblicistica, come interesse della collettività, a quello della rilevanza individuale, come diritto del singolo, nella più piena valorizzazione del disposto dell'art.32 Cost..

L'integrità psico-fisica assurge, dunque, a diritto primario ed assoluto, come tale compreso tra le posizioni soggettive la cui lesione derivante da atto illecito, determina, inequivocabilmente, l'insorgenza di un obbligo di riparazione.

Come è noto, il sistema della responsabilità extracontrattuale ruota, nel nostro ordinamento, intorno alle due disposizioni dell'art. 2043 e 2059 c.c., che evidenziano un sistema di risarcimento bipolare, attraverso il quale è possibile discernere tra due forme di danno:

- danno patrimoniale, risarcibile ai sensi e per gli effetti cui all'art. 2043 c.c.
- danno non patrimoniale risarcibile ex art. 2059 c.c..

Stabilisce, infatti, l'art. 2043 c.c., che " Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

L'art. 2059 c.c., che chiude lo scarno numero di disposizioni volte a disciplinare il sistema della responsabilità extracontrattuale nel nostro ordinamento,

stabilisce, invece, che “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Va subito osservato che la norma di cui all’art. 2043 c.c., che disciplina l’illecito, e ne stabilisce gli elementi costitutivi - condotta, dolosa o colposa, nesso di causalità, evento -, è una norma stringata, che contiene un mero riferimento a detti elementi costitutivi, senza offrirne una definizione, definizione che non si rinviene nemmeno nelle successive disposizioni del titolo IX; tanto che, come è noto, le regole in punto di causalità e di elemento soggettivo dell’illecito sono mutuare dal diritto penale (artt. 40 e 41 c.p., per quanto riguarda il nesso di causalità, ed art. 43 c.p., per quanto riguarda il dolo e la colpa).

Comunque, l’art. 2043 c.c. delinea, come detto, la fattispecie stessa dell’illecito, laddove l’art. 2059 appare volto a disciplinare l’ambito di risarcibilità di alcune delle conseguenze dell’illecito, cioè i danni non patrimoniali.

È evidente che, mentre la fattispecie dell’art. 2043 si presenta come una clausola aperta, la norma dell’art. 2059 si presenta connotata dai caratteri della tipicità, restringendo la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai soli casi previsti dalla legge; si tratta, e ciò è reso evidente anche dalla sua collocazione, di una norma di chiusura del sistema, volta non a qualificare l’illecito, in relazione alla lesione di beni protetti, ed in applicazione del principio del *neminem laedere*, come l’art. 2043 c.c., quanto, piuttosto, a circoscrivere la risarcibilità delle conseguenze dell’illecito, o almeno di una parte di dette conseguenze.

Poiché la limitazione della risarcibilità ai soli casi previsti dalla legge è circoscritta dalla norma di cui all’art. 2059 c.c. all’ipotesi di danno non patrimoniale, il danno patrimoniale deve ritenersi invece risarcibile in tutti i casi di danno ingiusto, cagionato da fatto doloso o colposo

Inoltre, poiché il danno patrimoniale comprende il risarcimento dei danni economici di natura patrimoniale, conseguenti ad un evento dannoso che impedisca al danneggiato di percepire una o più utilità economiche che avrebbe aggiunto al suo patrimonio se il danno non si fosse verificato, la quantificazione ne è, in genere, agevole, poiché normalmente calcolabile raffrontando il patrimonio del danneggiato nella sua consistenza antecedente all’illecito, con quella conseguente all’illecito; la differenza tra i due importi costituisce il pregiudizio subito dal danneggiato, ed integra il danno patrimoniale risarcibile.

Il danno patrimoniale deve ritenersi risarcibile in tutti i casi di danno ingiusto, cagionato da fatto doloso o colposo, non sussistendo per detta fattispecie di danno la limitazione prevista per il danno non patrimoniale dal disposto dell’art. 2059 c.c..

Per lungo tempo si è ritenuto che l’ingiustizia del danno fosse ravvisabile solo nell’ipotesi di lesione di un diritto soggettivo, assoluto o relativo, e che, dunque, l’illiceità del comportamento dannoso ex art. 2043 c.c. fosse qualificata solo da detta lesione di un diritto soggettivo, assoluto o relativo.

Con la pronuncia delle Sezioni Unite del 22 luglio 1999, n. 500, la Corte di

Cassazione ha peraltro evidenziato che il comportamento dannoso di cui all'art. 2043 c.c. ricorre non quando la condotta del danneggiante sia *contra ius*, in quanto lesiva di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, ma quando la condotta sia *non iure*, cioè non giuridicamente consentita; e che tale situazione ricorre allorché, nel comparare l'interesse del danneggiante a porre in essere una certa condotta, e l'interesse del titolare del bene che può subire lesione da quella condotta, debba prevalere quest'ultimo interesse.

In sostanza, secondo la Suprema Corte, l'interprete deve comparare i due interessi, del danneggiante e del danneggiato, e stabilire quale debba prevalere, in base agli indici della scala dei valori dei beni, desumibili dal livello di tutela accordata dall'ordinamento al bene – interesse leso; si distingueranno, dunque, beni tutelati da norme di rango costituzionale, quali la libertà personale (art. 13 Cost), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), la famiglia (art. 29 Cost.), ecc., posti, dunque, all'apice della scala dei valori, insuscettibili per l'ordinamento di qualunque recessività, da altri beni, tutelati, invece, da norme di legge ordinaria, ovvero da normativa secondaria, per i quali il livello di tutela accordato dall'ordinamento andrà valutato dall'interprete comparando gli interessi implicati dalla fattispecie dell'illecito, per stabilire se ci si trovi di fronte ad un comportamento *non iure*, dunque illecito.

Il danno alla sfera non patrimoniale della persona suscita da sempre diffidenze e interrogativi.

E ciò, non perché sia un danno minore, ma perché è un danno “difficile”.

È “difficile”, in prima battuta, in senso ontologico, perché non è facile discernere i disagi morali ed emotivi della vita quotidiana, ossia i meri fastidi fisiologici in una vita di relazione, dalle lesioni ingiuste il cui spessore giustifichi l'obbligo dell'adeguata riparazione: è significativo partire da questo dato, per dare un fondamento teorico a quanto ci si appresta ad analizzare.

Dall'altro lato i profili problematici del danno non patrimoniale, proprio in quanto descrive qualcosa che attiene alla sfera interiore della persona e che non è dato riscontrare oggettivamente nella realtà empirica, hanno determinato indirizzi contrastanti in giurisprudenza per quanto concerne la risarcibilità di alcune poste risarcitorie che ci si domanda se corrispondano effettivamente a realtà fenomeniche differenti o se diano luogo a duplicazioni risarcitorie, a liquidazione di danni cioè, che si riferiscono due o più volte alla stessa sofferenza conseguente ad un illecito.

D'altro canto, l'eccessivo allargamento dell'ambito dei danni morali risarcibili, con l'inclusione di ogni pregiudizio bagatellare suscitato dall'altrui intrusione o interferenza, rischia di dilatare oltre ogni limite ragionevole il contenzioso, e fomentare la litigiosità nelle aule di giustizia.

Ciò premesso, è da osservare che, a ben guardare, il problema del danno non patrimoniale è essenzialmente un problema di selezione.

La domanda alla quale legge e Giudice hanno sempre dovuto rispondere

è quella relativa all'individuazione di adeguate tecniche selettive tese a verificare quando il danno non patrimoniale si configuri con profili di gravità che ne impongano il risarcimento; connesso è il problema della prova nell'*an* e nel *quantum*, reso particolarmente complesso dalla stessa natura del diritto tutelato, non sempre essendone possibile la riparazione con la *restitutio in integrum*, e solo potendosi, nella quasi totalità dei casi, compensare con una somma di danaro la perdita del bene, il che pone il complesso problema della determinazione del valore del bene "persona".

La sofferenza, ovvero la lesione della salute, la menomazione delle relazioni sociali, possono essere al più lenite col pagamento di una somma di denaro, da cui ricavare forme di soddisfazione e gratificazione; ma esprimere la lesione di detti beni in termini monetari, è problema di evidente complessità.

Nell'ambito di una siffatta problematica, il legislatore ha inteso fissare parametri di diritto positivo, intervenendo a definire il concetto di danno biologico, con il disposto degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private.

Anche il sistema risarcitorio previsto dal Codice, come già osservato, ruota intorno alla fondamentale distinzione tra danno patrimoniale da un lato (art. 137) e danno biologico, come danno non patrimoniale, dall'altro (artt. 138 e 139).

La Suprema Corte, nelle c.d. sentenze "gemelle" dell'ottobre 2008 (c.d. pronunce di San Martino), ha espressamente affermato che la definizione del danno biologico, nel nostro ordinamento, va identificata con quella contenuta in detti articoli.

L'art. 138 del codice disciplina la fattispecie del danno biologico per lesioni di non lieve entità, stabilendo che con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle attività produttive, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si sarebbe provveduto alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica: a) delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti; b) del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto.

La norma dettava, poi, nel secondo comma, i principi e criteri per la redazione della tabella unica nazionale, stabilendo in particolare, nella lettera a), che agli effetti della tabella per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.

Infine, il terzo comma dispone che, qualora la menomazione incida in maniera

rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

Come si nota, la prima parte della definizione del danno biologico da lesioni macropermanenti coincide tanto con la definizione medico-legale che con quella giuridica tradizionale di detto danno (lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona).

Così pure non desta alcuna perplessità la previsione del fatto che la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica deve essere suscettibile di accertamento medico-legale.

Anzi, la previsione può addirittura apparire pleonastica; è evidente che il concetto stesso di lesione presuppone l'esistenza di una compromissione dell'integrità fisica, che, per assurgere a carattere oggettivo, deve essere obiettivamente verificabile, tramite un accertamento scientifico.

Invero, fin dall'epoca delle prime pronunce sulla risarcibilità del danno biologico, il supporto indispensabile di ogni giudice che si sia trovato a pronunciare sul punto, è sempre stata l'attività di consulenza tecnica, volta ad accertare gli esiti della lesione dell'integrità fisica, ed a quantificarne l'entità..

La previsione innovativa è invece contenuta nel successivo comma, che prevede che la lesione, per essere rilevante e determinare la risarcibilità, deve ripercuotersi in maniera negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito (nel qual caso, troverebbe applicazione l'art. 137, disciplinante il danno patrimoniale, volto a ristorare l'incidenza dell'inabilità temporanea o dell'invalidità permanente sul reddito da lavoro del danneggiato).

La figura di danno che ne esce delineata appare configurare un danno alla salute non solamente considerato sotto l'aspetto statico, ma ripensato e valorizzato nelle sue implicazioni dinamiche, per le ripercussioni che negativamente si determinano sulle attività quotidiane e sulla vita di relazione del danneggiato.

Si tratta, pertanto, di una nozione più ampia rispetto a quella dettata dalla legge n. 57 del 2001, che pure già contemplava, per la prima volta, una previsione normativa del danno biologico, unicamente, peraltro, come lesione dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico legale.

È evidente che la definizione disegna una figura di danno biologico nella quale il pregiudizio alla salute, la lesione psico-fisica o fisio-psichica della persona non è che una parte di una fattispecie di danno più complessa, che considera e valorizza le ripercussioni sul fare quotidiano della persona e sugli aspetti della vita del danneggiato attinenti alle relazioni con il mondo circostante.

Ai fini del completo accertamento del danno biologico diviene, cioè, essenziale



valutare anche le ripercussioni del danno all'integrità psico-fisica sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico – relazionali della vita del danneggiato.

La tesi della natura pluridimensionale del danno biologico è stata, come già osservato, accolta dalla Suprema Corte, anche prima dei fondamentali arresti di San Martino; secondo la Corte, negli articoli 138 e 139 del C.d.A., si ha una definizione analitica di danno biologico che finalmente definisce le quattro dimensioni essenziali del danno biologico, aggiungendo alle prime due (dimensione psichica e fisica a prova scientifica), la incidenza negativa sulle attività quotidiane (come danno biologico per la perdita della qualità della vita, in concreto subita, che subito gli esistenzialisti considereranno tale) e la perdita degli aspetti dinamico – relazionali della vita del danneggiato (che invece attengono alla vita esterna, non solo a rilevanza sociale, ma anche culturale e politica, inclusa la perdita della capacità lavorativa generica (Cass. Civ., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24451).

E, peraltro, singolare che nella previsione normativa del Codice l'accertamento dell'incidenza della lesione sugli aspetti della vita dinamico-relazionale sia demandato ad un consulente tecnico, che è un ausiliario del giudice che mette a disposizione di quest'ultimo per la decisione le sue cognizioni scientifiche, affinché il giudicante possa interpretare le circostanze di fatto con l'ausilio di quelle nozioni che egli non possiede, laddove le circostanze da valutare ai fini della personalizzazione del danno sono, piuttosto, appunto circostanze di fatto, che trovano normalmente il proprio ingresso nel processo attraverso differenti strumenti di acquisizione (*in primis*, la prova testimoniale, anche se, in taluni casi, l'accertamento di un consulente potrebbe risultare necessario per le valutazioni richieste dalla norma: si pensi, ad esempio, ad una lesione che incida nel senso di limitare l'attività sportiva del danneggiato, circostanza che dovrà essere oggetto di specifico accertamento del consulente, non potendo, invece, sopperire a detta indagine la mera prova testimoniale articolata sul fatto che il danneggiato in concreto non abbia più svolto, dopo l'evento lesivo, l'attività sportiva, il che potrebbe essere ricollegato a cause diverse rispetto al sinistro).

La norma, comunque, appare finalizzata a consentire un risarcimento quanto più possibile esteso, volto a ricomprendere ogni diverso, variegato pregiudizio che attinge il danneggiato in conseguenza dell'evento lesivo, fino, quasi, ad arrivare ad abbracciare le limitazioni del fare, e, dunque, gli aspetti della lesione riconducibili al concetto tradizionale di danno esistenziale.

Del pari, non può trascurarsi di osservare che la nozione di danno biologico accolta dal legislatore del Codice delle assicurazioni è una nozione complessa, secondo quanto già osservato, inglobante anche l'aspetto del danno non patrimoniale; e le limitazioni del fare, che devono accompagnarsi alle limitazioni dell'essere perché si possa parlare di danno biologico come previsto nella fattispecie (... lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica

della persona ... che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato), attengono ad una proiezione in termini non solo funzionali, ma anche in definitiva relazionali, della lesione, che finisce con il rendere problematica in qualche fattispecie la risarcibilità integrale della salute violata.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il danno consista in una cicatrice, anche abbastanza profonda, ma su una gamba maschile, con incidenza dunque, pressoché irrilevante sulla vita di relazione.

Aspetti di criticità presenta anche la previsione del 3° comma, secondo la quale l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, qualora la menomazione incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali.

A prescindere, infatti, dall'indeterminatezza della previsione dell'incidenza della lesione "... in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali", la norma appare più che estensiva, in realtà limitativa della discrezionalità del giudice, che, nella valorizzazione degli aspetti dinamici delle conseguenze della lesioni, può in concreto aumentare la liquidazione in termini non superiori al 30%.

Come già detto, la liquidazione del danno biologico è ancorata dall'art. 138 ai valori di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica, stabilente il valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

Il comma 2°, lettera a) dell'art. 138 prevede poi che la tabella dei valori di punto deve fondarsi "sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità"; la norma prevede dunque che il governo debba stabilire sia il valore monetario del singolo punto di invalidità, sia il demoltiplicatore in base al quale ridurre il risarcimento in funzione dell'età, analogamente, del resto, a quanto l'art. 139, comma 6° del codice, prevede per i danni derivanti da lesioni micropermanenti.

Non può trascurarsi di osservare, comunque, che la lettera c) del comma 2° dell'art. 138 si pone in contrasto con la definizione di "danno biologico" contenuta nella lettera a), poiché in quest'ultima l'incidenza sui cosiddetti "aspetti dinamico-relazionali" della persona lesa costituisce un elemento indefettibile della fattispecie "danno biologico", cosicché ove detta incidenza mancasse, quest'ultimo non sarebbe configurabile; nella lettera c), invece, l'incidenza costituisce solo un fattore di variazione del valore del punto, come se in astratto potesse configurarsi un danno biologico che non incida sugli aspetti "dinamico-relazionali".

La liquidazione del danno biologico per lesioni di lieve entità - c.d. lesioni micro

permanenti, nelle quali la percentuale d'invalidità è inferiore al 9% della totale - è invece prevista e disciplinata dall'art. 139 del Codice, che, dopo avere stabilito i criteri per il calcolo del risarcimento al comma 1°, nel capoverso definisce il concetto di danno biologico per lesioni micro permanenti, precisando, parimenti che per quanto riguarda il danno da lesioni macropermanenti, che detto danno consiste nella lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.

La disciplina di cui all'art. 139 (che ha recepito quanto già previsto dall'articolo 5, comma 2°, della l. n. 57/2001) prevede che dette lesioni vengano liquidate secondo la specifica tabella delle menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra uno e nove punti di invalidità, aggiornata ogni anno dal Ministero dello Sviluppo Economico (DM 27 maggio 2010).

Negli ultimi anni, peraltro, sebbene la legge 57/2001 specificasse che l'utilizzazione della tabella era riservata ai sinistri verificatisi dopo la data di entrata in vigore della legge, molti Tribunali ne hanno esteso l'applicazione in via analogica a tutti i casi di lesioni micro permanenti, senza distinguere l'epoca del sinistro, e la genesi causale della lesione.

Parimenti che per il danno da macropermanenti è prevista nel comma 3° la facoltà per il giudice di aumentare il risarcimento, in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

La limitazione della facoltà di aumentare il risarcimento fino ad un quinto dell'importo liquidato ai sensi del comma 1°, pone gli stessi interrogativi dell'analoga previsione di cui all'art. 138, comma 3°, di cui si è detto.

D'altro canto, lo si è già osservato, la definizione del danno biologico nel codice appare volta a ricomprendere la lesione all'integrità fisica solo in quanto si ripercuota sulla vita complessiva del danneggiato, con una definizione solo apparentemente volta ad ampliare la tutela del bene salute, poiché se prima *facie* valorizza l'incidenza della lesione sulla vita complessiva del danneggiato, dall'altro postula detta incidenza come presupposto indefettibile per il risarcimento, con la conseguenza che, come detto, lesioni con scarsa incidenza funzionale o relazionale possono, in concreto, divenire insuscettibili di ristoro, o comportare un ristoro inadeguato, ingenerando dubbi di costituzionalità della previsione normativa, in relazione all'art. 32 Cost..

La Corte Costituzionale, comunque, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 C.d.A., sollevata, in riferimento agli articoli 2, 3, 24 e 76 della Costituzione, dal Giudice di Pace di Torino, con ordinanza del 30 novembre 2009, l'ha dichiarata manifestamente inammissibile, con ordinanza del 28 aprile 2011, n. 157.

La questione era stata sollevata in relazione alla previsione, nell'articolo, di un risarcimento del danno biologico per lesioni di lievi entità, basato su rigidi parametri fissati da tabelle ministeriali, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, perché, da un lato, non era consentito di giungere ad un'adeguata personalizzazione del risarcimento che tenesse conto di tutte le circostanze del caso concreto e, dall'altro, perché ad identici danni avrebbero fatto riscontro risarcimenti diseguali; per violazione dell'art. 2 Cost., per la fissazione di un limite al risarcimento del danno alla persona senza un adeguato contemperamento degli interessi in gioco, non essendo ragionevole che l'interesse all'esercizio dell'attività assicurativa potesse essere ritenuto preminente su quello all'integrale risarcimento del danno alla persona; dell'art. 24 Cost., per l'irragionevole compressione del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale, derivante dalla rigida predeterminazione dei criteri di calcolo per il risarcimento del danno; dell'art. 76 Cost., per la previsione di un limite al risarcimento non previsto dalla legge delega 29 luglio 2003, n. 229.

La Corte, tuttavia, come detto, ha ritenuto la questione manifestamente inammissibile, rilevando nell'ordinanza di rimessione una insufficiente descrizione della fattispecie concreta, che non consentiva un'adeguata valutazione dell'effettiva rilevanza della questione, venendo, così, a mancare l'occasione per sciogliere alcuni nodi fondamentali nella disciplina della fattispecie.

Il legislatore è, peraltro, successivamente intervenuto con il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività (c.d. decreto sulle liberalizzazioni), a modificare ulteriormente l'art. 139 C.d.A., con il risultato, peraltro, di rendere ancora più problematica la liquidazione del danno c.d. da micro permanente, ed ingenerando ulteriori dubbi di legittimità costituzionale.

Al comma 2° dell'art. 139 è aggiunta, per effetto della previsione di cui al comma 3 ter dell'art. 32 del decreto, la seguente disposizione: “ In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente”.

L'art. 3 *quater* del decreto stabilisce poi che “Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'art. 139 de D.Lvo 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione”.

È evidente l'intento del legislatore di limitare la risarcibilità dei danni di lieve entità in genere; ed è da sottolineare, al riguardo, la singolarità di una norma volta a limitare la risarcibilità del bene salute, significativamente contenuta nel decreto sulle liberalizzazioni.

D'altro canto, la limitazione della risarcibilità ai soli casi di lesioni “strumentalmente” accertabili, introduce un criterio di selezione del danno

alla salute che non ha riscontro nella scienza medica, e finisce con l'escludere la risarcibilità di lesioni del bene salute ampiamente ricorrenti quale tipica conseguenza dei sinistri stradali, come nel caso, ad esempio, del c.d. "colpo di frusta", che non in tutti i casi può essere diagnosticato strumentalmente, e spesso viene accertato sulla base di una sintomatologia, in larga parte riferita dal soggetto leso.

Le disposizioni di cui ai commi 3 *ter* e 3 *quater* dell'art. 32 del decreto appaiono peraltro essere, oltre che di formulazione poco chiara, anche contrastanti fra di loro.

La prima disposizione appare, infatti, limitare il risarcimento del danno biologico permanente al solo caso in cui la lesione sia suscettibile di accertamento clinico strumentale obiettivo, mentre la seconda appare limitare la risarcibilità del danno biologico temporaneo alle ipotesi in cui lo stesso possa essere accertato strumentalmente, od anche "visivamente".

A prescindere dall'incertezza che può essere ingenerata dall'utilizzo dell'avverbio "visivamente", espressione che è prevedibile diverrà foriera di notevole litigiosità, ed a prescindere, anche in questo caso, dalla mancanza di riscontro con la scienza medica, non può trascurarsi di osservare che il legislatore prevede, dunque, la risarcibilità del danno biologico permanente in maniera limitata, rispetto alla risarcibilità del danno biologico temporaneo, che è sicuramente di incidenza minore sul bene salute, il che porrà evidenti problemi, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale della previsione.

Il problema viene ad essere accentuato dal fatto che lo stesso utilizzo dell'avverbio "visivamente" può importare la risarcibilità di lesioni temporanee (quali, a esempio, tumefazioni, abrasioni, lividi, graffi pronunciati), che, in quanto non accertabili strumentalmente, sarebbero state escluse dal risarcimento in virtù della previsione di cui al comma 3 *ter*, e lo sarebbero, comunque, state parimenti in relazione alla definizione di lesione micropermanente risarcibile secondo la definizione previgente, attesa la dubbia incidenza sotto il profilo dinamico-relazionale di tali minime lesioni.

Risulta, dunque, anche sotto tale profilo confermata una certa approssimazione del legislatore, che, nell'intento di limitare la risarcibilità di alcune lesioni, ritenute evidentemente "bagatellari", ha scritto norme di non chiara interpretazione.

Un ulteriore problema è quello dell'ambito temporale di applicabilità della nuova disciplina; posto che, per il disposto dell'art. 11 delle preleggi, la legge non ha efficacia che per l'avvenire, dovrebbe ritenersi che la nuova normativa sia applicabile solo ai sinistri verificatisi dopo la sua entrata in vigore.

Il che ulteriormente evidenzia la possibilità di contrasti interpretativi, ed il verosimile incremento del contenzioso in materia, che potrebbe seguire.

D'altro canto, la stessa definizione di danno biologico dettata in funzione della risarcibilità delle lesioni causate dalla circolazione di autoveicoli suscita

dubbi di legittimità costituzionale, introducendo una differenziazione nel risarcimento delle lesioni, in relazione all'evento dannoso che le ha prodotte.

Con la conseguenza che le limitazioni al risarcimento del danno da micropermanente, non applicabili in ipotesi di danno alla persona non causato dalla circolazione di veicoli, verrebbero a prospettare un'evidente disparità di trattamento tra danneggiati.

D'altro canto, la recente previsione di applicabilità della normativa del codice alla disciplina delle lesioni derivanti da errore del sanitario (art. 3, d.l. 13.9.2013, n.158, convertito in l. 8.11.2012, n.189), sembra piuttosto voler evidenziare la volontà del legislatore di unificare la regolamentazione del risarcimento della lesione psico-fisica, facendo assurgere le previsioni di cui agli articoli 138 e 139, a parametro generale della responsabilità, ed allargare, piuttosto, il confine delle limitazioni alla risarcibilità del danno biologico ad ulteriori settori, tutti, comunque, caratterizzati dalla rilevanza del dato assicurativo nel campo d'interesse .



## **ASSICURAZIONE RCA: NUOVE PROBLEMATICHE PER LIQUIDATORI E INTERMEDIARI**

**Maria Gagliardi\***

La prospettiva prescelta per trattare l'argomento è quella della lotta alle frodi. Naturalmente, non è la lotta alle frodi in sé il tema delle riflessioni che seguono, piuttosto vorrei utilizzare questo campo di indagine per illustrare in realtà quelli che sono i rapporti, gestiti talvolta in maniera opportuna, talvolta forse un po' meno, tra gli obiettivi che gli attori si pongono – e per attori intendo il legislatore ma spesso la giurisprudenza, le autorità di vigilanza e non solo – e quelli che poi invece sono i risultati che si ottengono, che concretamente si possono ottenere o magari si potrebbero ottenere in altro modo. Infatti, tali rapporti hanno delle ricadute importanti sia su chi in questi settori opera, a cominciare dagli intermediari, ovviamente dagli avvocati e dagli assicuratori, sia e soprattutto sul sistema, quello che è stato evocato anche questa mattina in termini soprattutto di funzione sociale, etica, del mondo assicurativo, dell'economia etc.

Consentitemi di iniziare con un esempio, spesso menzionato a proposito delle frodi in ambito assicurativo, ed un aneddoto.

L'esempio è lo "shopping della residenza", il fatto che si cerca in maniera più o meno legale (soprattutto meno, diciamo così) di radicare la residenza in un territorio piuttosto che in un altro al fine di spuntare una tariffa più conveniente per l'assicurazione della RC auto. Quando ci si rende conto di questo meccanismo, cosa si può fare? Sicuramente una strada è costituita dalla possibilità di controllare un pochino meglio e di reprimere i comportamenti fraudolenti...; un'altra strada è quella di cercare di cambiare le regole del gioco: eliminiamo il motivo per cui piace a tutti avere la residenza in certe sedi al posto che in altre, senza stare a dire se è particolarmente rilevante la residenza per il rischio sinistri stradali. Rimescolando le carte forse questo interesse scemerà un pochino. Proviamo a pensare per un attimo che una così grande differenziazione tariffaria solo sulla base della residenza, forse non è la cosa più importante da difendere, cioè si potrebbe probabilmente eliminare questa grossa differenza giocando forse su altri parametri di valutazione dei rischi, altrettanto, se non magari più significativi della mera residenza (e questo è uno spunto che lancio lì ma su cui torneremo).

L'aneddoto che volevo raccontarvi mi è venuto in mente perché, in occasione di una sessione d'esami di diritto delle assicurazioni presso la facoltà di economia,

---

\* Scuola Superiore S. Anna di Pisa.



quindi studenti di economia e non di giurisprudenza (differenza rilevante, viste le riflessioni anche dei relatori della mattina), avevo posto una domanda proprio sulle polizze *linked*. Alla domanda sulle polizze *linked*, la candidata comincia a rispondere abbastanza correttamente inquadrando le problematiche più importanti e mi dice: “perché l’ISVAP ha detto... perché poi la Consob ha fatto... perché alla fine il TUB...”. Io l’ho guardata un po’ e le ho chiesto se fosse d’accordo, e perché in realtà ci poniamo il problema e, soprattutto, in quali sedi emerge il problema. Mi ha guardata un po’ perplessa e alla fine le ho dovuto suggerire che oltre all’ISVAP, alla Consob, al Codice delle assicurazioni e ai relativi regolamenti dell’ISVAP e al TUB esiste anche un Codice civile, esiste anche una giurisprudenza che interviene quando qualcuno stipula una polizza convinto di avere la sicurezza di essere assicurato, e poi si ritrova con un pugno di mosche in mano e va dal giudice per ottenere un qualche rimedio.

Vi ho tediato con questo aneddoto, per dire cosa? Che tutto ciò che ci stiamo raccontando è sicuramente importante, ma non bisogna perdere d’occhio l’ottica complessiva, e cioè che qualunque intervento il legislatore ponga in essere, incide o potrebbe incidere a cascata su tanti altri interventi e altre conseguenze che sono altrettanto fondamentali per valutare non solo l’efficacia del singolo provvedimento ma anche la sua efficienza, cioè potrebbe essere addirittura meglio non introdurre quell’elemento normativo e magari operare in altro modo perché si produca un effetto forse ancora migliore.

Questa è la prospettiva delle frodi che quindi prenderemo un po’ come esempio. Dunque, i rapporti tra continuità e rottura delle soluzioni che vengono date ai problemi di comportamento corretto o scorretto delle parti si pongono (qui c’è la vera domanda, almeno nella mia interpretazione al tema di oggi) in continuità o in rottura rispetto al passato? E cioè, come veniva gestito, come è sempre stato o, mano a mano, come è stato gestito il problema dell’orientamento dei comportamenti degli assicurati nel mondo assicurativo? In maniera chiaramente sintetica, vista la sede delle mie riflessioni, fino a ieri, non voglio dire fino ad oggi, fino a ieri il problema dell’orientamento del comportamento degli assicurati e quindi anche delle frodi è stato gestito fondamentalmente attraverso il meccanismo contrattuale. In altri termini, il mondo assicurativo senza bisogno dell’autorità di vigilanza o del legislatore, salvo nei termini che diremo, se l’è cavata da solo; il *moral hazard* non è nozione nuova, quindi è possibile fare riferimento a quella che oserei definire la sapienza nella costruzione dei contratti per la gestione del *moral hazard ex ante* ed *ex post* (in sede di liquidazione dei danni, vado a gonfiare danni o a dichiarare sinistri che magari non ci sono stati, ma anche *ex ante*, cioè per prevenire quei comportamenti che di fatto vanno ad aumentare la probabilità di verifica del sinistro per una disattenzione, perché potrei intervenire con delle misure di prevenzione che invece non adotto). Ecco, in questo ambito le assicurazioni, con un sapiente uso della costruzione dei contratti, e quindi delle

clausole contrattuali, sono riuscite ad aumentare moltissimo la correttezza del comportamento degli assicurati, a proprio vantaggio, evidentemente, perché se riduco il numero dei sinistri o i costi dei sinistri evidentemente mi conviene, il sistema funziona, con però anche un altro vantaggio: in generale se un sinistro non si verifica o ne conseguono danni minori anche l'assicurato generalmente è più contento, e nella maggioranza delle attività condotte dagli assicurati questo è un bene anche per la società perché se ci sono meno incidenti stradali ci sono meno danneggiati; se si fanno meno male, abbiamo qualche braccio rotto in meno. Quindi, da questo punto di vista, la soluzione più tradizionale, almeno in senso buono, che io vedo nel mondo assicurativo veniva dalla gestione dei contratti.

A giudicare da una serie di norme (ne menzionerò solo alcune più “di attualità”) introdotte dal legislatore, sembrerebbe che da questo punto di vista il diritto delle assicurazioni si trovi di fronte a una fase di netta rottura con il passato perché ai contratti non si pensa (salvo chiarire se sia o meno vero), e anzi il legislatore sembra ritenere indispensabile un proprio intervento proprio perché non vede alcuna possibilità nelle soluzioni contrattuali.

Esaminando in sintesi gli esempi che volevo sottoporvi, pensiamo, banalmente, alla scatola nera. Se ne è già parlato più volte oggi, ed è ritenuta una soluzione comoda: se si obbliga le compagnie a prevedere l'installazione della scatola nera a proprie spese, l'assicurato non solo dovrebbe avere uno sconto sul premio e quindi evidentemente gli dovrebbe fare anche gola, ma in questo modo si risolverebbe il problema della frode, almeno ex post, impedendo cioè che l'assicurato possa falsamente sostenere di non avere colpa, oppure che la sua velocità fosse di 30 quando invece era di 70 Km/h, etc. e quindi si otterrebbe di tenere un pochino sotto controllo la situazione. Ora, la norma era contenuta nel decreto c.d. “liberalizzazioni”, quindi al precipuo scopo di favorire fondamentalmente la concorrenza e poi, vista l'impostazione tipicamente pro concorrenza, anche la tutela indiretta del consumatore. Vi tornerò tra un attimo. Secondo genere di norme, questa volta introdotte con il dichiarato scopo di lottare contro le frodi e controllare i costi dei rimborsi, queste sono finalità esplicitamente dichiarate e quindi equiparate in qualche maniera alla concorrenza e alla tutela dei consumatori.

Una è la dematerializzazione dei contrassegni di assicurazione; siccome anche questi si falsificano con una certa perizia ormai acquisita, si ritiene che se evitiamo di far affidamento solo sul contrassegno di carta forse è più facile che riusciamo a tenere le cose sotto controllo. Il tutto, si dà per scontato, dovrebbe avvenire ovviamente senza costi aggiuntivi, sull'assunto, probabilmente, che gli apparati tecnologici di lettura dei contrassegni elettronici li fornisca sicuramente qualcun altro.

Altra norma: la previsione della necessità dell'accertamento strumentale obiettivo dei postumi della lesione ai fini della risarcibilità del danno biologico

da micropermanente. In estrema sintesi ed approssimazione, visto che ce ne parlerà l'Avv. Ranieri tra breve, si tratta fondamentalmente di un paio di norme che riguardano la liquidazione e la quantificazione dei danni alla persona in particolare, attraverso le quali si cerca di ridurre al minimo (se non di eliminare) la possibilità di addurre e dare rilievo probatorio anche a lesioni presuntivamente o inesistenti o di lievissima entità. In proposito è bene anche introdurre gli amati-odiati articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni, perché è vero che oggi se ne parla ad altri fini (riforma delle norme, estensione della relativa applicabilità ad altri sottosettori, etc.), ma è pur vero che essi sono stati introdotti nel codice delle assicurazioni alla fine, e con gli antecedenti normativi già menzionati dai precedenti relatori, su sollecitazione del mondo assicurativo perché si era creata una giurisprudenza troppo altalenante e che fondamentalmente tendeva a far crescere il *quantum* liquidato in maniera assolutamente non definita, con proliferazione di nuove voci di danno, per cui si è cercato di calmierare un attimo, di dare almeno delle indicazioni di certezza, di uniformità di base quantomeno, perché così il mondo assicurativo poteva fare i conti e quindi attrezzarsi per pagare gli indennizzi e quindi i risarcimenti.

In questo scenario, tutta questa serie di norme - abbiamo visto - vengono sbandierate in certi casi come strumenti per orientare il comportamento degli assicurati o comunque tenere sotto controllo le frodi; quindi alcuni di questi strumenti potrebbero (come magari la scatola nera) incidere sul comportamento dell'assicurato in vista della produzione del sinistro: se io so che le informazioni sul mio modo di guidare e su quante norme tendenzialmente rispetto vengono registrate, forse tenderò ad andare un po' più piano, a fermarmi quando c'è il rosso al semaforo, a tenere la distanza di sicurezza (che è tipicamente una delle ipotesi in cui in caso di tamponamento quasi non è ammessa prova contraria) e così via. In altri casi, invece, si tratta di norme antifrode che a valle del comportamento produttivo del sinistro incidono invece sul comportamento che cerca di gonfiare il risarcimento. Qui ovviamente la capacità di orientamento non è più in termini di prevenzione ai fini di un comportamento non produttivo di pericolo e di sinistro, ma è proprio verso un incentivo di comportamento corretto e onesto. Allora la domanda, nella prospettiva prescelta, è la seguente: se le finalità poste sono a volte concorrenza e tutela del consumatore, a volte e soprattutto evitare la frode e ridurre i costi dei rimborsi (finalità che dovrebbero andare in parallelo, ma viene dimenticata la collaborazione evidentemente, perché eliminare le frodi forse dovrebbe voler dire incentivare una maggiore collaborazione o cooperazione e lealtà tra le parti), questi strumenti servono e servono tutti nello stesso modo, al fine di ottenere questi risultati? E, soprattutto, sono meglio degli strumenti contrattuali a cui eravamo abituati?

Per la riduzione dei costi, forse in maniera abbastanza miopia potrebbero servire, nel senso che se io cerco di calmierare il risarcimento dei danni, la liquidazione del risarcimento dei danni, di alcuni danni soprattutto e solo

in alcune ipotesi, forse può funzionare, però a questo proposito mi preme sottolineare che c'è miopia anche qui perché io posso anche insistere su una lettura stringente a tutti gli effetti dell'articolo 139 del Codice delle assicurazioni, ma non dimentichiamo che almeno fino a ieri ancora una volta questo valeva solo per l'Rc auto, e però risarcimento dei danni alla persona è una materia che riguarda molte altre cause in cui molto spesso sono coinvolti gli assicuratori. Non è un caso che adesso questo tema riguarderà anche la responsabilità sanitaria perché la legge di conversione del decreto Balduzzi ha per l'appunto esteso alla responsabilità medica la liquidazione dei danni in base agli articoli 138 e 139 cod. ass.; non parlerò di questo, però anche qui vorrei sottolineare che forse in qualche maniera si corre avanti, cioè il legislatore deve avere pensato che questo è un altro di quei settori in cui si porranno problemi analoghi a quelli della Rc auto, forse perché è stata introdotta l'assicurazione obbligatoria, e dunque i medici adesso devono trovare una copertura a tutti i costi. Peccato che il legislatore si sia dimenticato di parlare della responsabilità, e quindi dell'eventuale assicurazione, delle strutture sanitarie e quindi c'è a dir poco una mancanza di raccordo in materia. C'è però nel decreto Balduzzi una norma interessante ai nostri fini, e cioè oltre a queste previsioni da ricomporre in sistema, introduce una disposizione che mira ad incoraggiare, incentivare in qualche maniera l'adozione di serie politiche e sistemi di gestione dei rischi in ambito sanitario. Ecco allora che ci si dovrebbe domandare quale sia la finalità perseguita da questa serie di norme: è una riduzione dei costi? Sicuramente sì, in parte, ma c'è anche la prevenzione dei rischi e una prevenzione dei rischi che da tutte le altre norme che abbiamo visto invece non è minimamente menzionata.

Forse la scatola nera per quello che dicevamo potrebbe in qualche misura contribuire a un comportamento un pochino più virtuoso alla guida, ma non è detto; i contrassegni assicurativi, il discorso dei limiti e prescrizioni veramente sovrabbondanti oserei dire nell'accertamento medico-legale del danno prodotto non vanno a prevenire, a ridurre i rischi. E allora se mi permettete anche per non dilungarmi troppo, il discorso potrebbe cambiare se noi questi pochi piccoli dati li vedessimo un po' nell'insieme. E cioè, se le finalità che il legislatore si propone (il legislatore, ma in realtà anche l'autorità di vigilanza, i giudici quando si trovano a dover risolvere problemi di tutela e di rimedi) sono varie, se non c'è solo la riduzione dei costi negli indennizzi (che, certo, nella Rc auto è particolarmente sentita e viene giustificata), ce lo diceva bene in particolare il Dott. Polizzi stamani, il problema è che le assicurazioni hanno un ruolo sociale; i valori costituzionali a cui eventualmente facciamo riferimento nel sostenere le funzioni dell'assicurazione hanno un ruolo da questo punto di vista, quindi ben venga aiutare le assicurazioni a funzionare bene, ben venga trovare un compromesso; con questo non intendo pronunziarmi personalmente sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 e prima o poi

dell'articolo 138 del codice delle assicurazioni per le macropermanenti, però possiamo anche immaginare in qualche maniera un'accettabilità sociale di una calmierazione, di una standardizzazione dei risarcimenti, che vada incontro al mondo assicurativo, però dobbiamo anche domandarci se le altre finalità vengono parimenti a essere perseguite in parallelo. Ecco allora un'ipotetica ragionevolezza costituzionale, cioè cedo qualcosa ma recupero qualcos'altro, in termini di riduzione dei rischi. E allora, in termini di riduzione dei rischi cosa stiamo facendo per prevenirli questi rischi, per aiutare a gestirli? Perché se non la funzione sociale delle nostre assicurazioni evidentemente non c'è. Cosa si sta facendo? Molto poco.

Si potrebbe recuperare qui forse quella capacità, veramente di funzione sociale del mondo assicurativo, che a lungo è stato capace di introdurre contratti nuovi al servizio di esigenze nuove. Come dicevano bene stamattina, siccome la vigilanza, il regolatore, rispecchia il mercato e viceversa, che fine ha fatto il mondo assicurativo? Si parla solo (scusate la banalizzazione) di assicurazioni vita e di Rc auto: e tutto il resto? Tra breve si parlerà molto di responsabilità sanitaria, è prevedibile. La responsabilità sanitaria da questo punto di vista è un esempio principe di quello che stiamo dicendo. Non dimentichiamo che in altri paesi, le compagnie di assicurazione hanno inventato dei meccanismi legati al funzionamento contrattuale in cui la valutazione dei rischi si apriva a dei criteri non tradizionali in funzione della prevenzione e gestione dei rischi dei soggetti assicurati, i sistemi di *risk management & insurance* che in Italia sono sconosciuti. Questo esempio può servire a capire che se noi ci poniamo degli obiettivi, degli scopi e li diciamo a chiare lettere a livello legislativo e non solo, anche nel dibattito, anche nel livello di vigilanza, dobbiamo poi avere il coraggio di far seguire le dovute conseguenze. E, allora, ci sono probabilmente degli interventi capaci di incidere sui livelli di attività, sulla rilevanza dei rischi che il legislatore può introdurre, ma se non ci crede il mercato, non portano da nessuna parte: devono essere un'occasione di crescita e di cambiamento di mentalità anche per il mondo assicurativo. Ecco allora, e con questo vorrei concludere, che il riferimento che oggi è stato più volte fatto alla ipertrofia legislativa regolamentare e alla conseguente incertezza che spesso ne deriva sembra fare a pugni con quella che è anche la mancanza dell'autodisciplina del mondo assicurativo; probabilmente è vero, invece di parlare di una vera e propria liberalizzazione si fa riferimento invece a una iper-regolazione; ma ancora una volta qui il problema è di passare da una visione formale delle cose a una visione di sostanza. Infatti, introdurre molteplici obblighi informativi e non solo (pensiamo agli intermediari e all'utilità di tali adempimenti) è legittimo, può avere senz'altro un senso, ma spesso è inutile se diventa solo formalismo. Quando invece si pensa alla sostanza, ci si rende conto che magari un intermediario deve consegnare una tale nota informativa o talaltra, qualcosa di più sulla *privacy*, e allora può accadere che poi tutti i vari sistemi di interconnessione, di banche

dati, di preventivatori vengono ad essere regolamentati e che tutti questi fogli consegnati divengano sostanzialmente inutili. Perché la cosa funzioni davvero l'intermediario deve spiegare effettivamente quali sono le cose a cui l'assicurato deve stare attento, questa sarebbe la sostanza; certo è più difficile da provare, siamo d'accordo, ma questa è la differenza fra formalismo e sostanza ed è la differenza tra necessità di un intervento del legislatore per incentivare e invece autoresponsabilità del mercato, quindi delle assicurazioni che, adottando anche dei sistemi di autodisciplina, codici deontologici e innovazione - parola assente dal nostro discorso - ecco, probabilmente recuperando un po' il ruolo che il mondo assicurativo sa svolgere bene (perché questo è quello che si dimentica), forse molte di queste problematiche riuscirebbero a trovare una soluzione efficace ed efficiente a livello di autonomia contrattuale tra le parti, lasciando fuori interventi di regolazione che a volte provano ad indicare delle strade ma, diciamo così, non possono lastricarle tutte, per cui con un buon sistema di "appalti" e di logica di sussidiarietà (era un po' la provocazione) ci si può arrivare.

Dunque, concludo semplicemente con questo auspicio che l'esempio di altre autorità di vigilanza possa portare buoni frutti. L'autorità garante per la tutela dei dati personali non ha emanato tantissimi regolamenti, ha condotto una vigilanza discreta, incoraggiante, quando si segnalavano dei problemi invece che sanzionare dava tempo per adeguarsi etc. e devo dire, parallelamente a questo, è stato fatto un largo uso dei codici di condotta, settore per settore. Ecco, se pensiamo all'esperienza tecnica delle assicurazioni e all'esperienza del rapporto tra vigilanza e autodisciplina di settore probabilmente si potrebbe invertire la rotta e quindi dalla rottura con il passato magari recuperare un filo di continuità nella migliore tradizione assicurativa.





## **RESPONSABILITÀ DEGLI INTERMEDIARI E DELLE IMPRESE DI ASSICURAZIONI\*\* (TRA REGOLE E FORZATURE DELLA DISCIPLINA DELLE POLIZZE VITA)**

**Gianluca Romagnoli\***

SOMMARIO. 1. Tra codice delle assicurazioni (d. legis. 205/2006) e Tuf (d. legis. 58/1998). 2. - La responsabilità da collocamento di “polizze assicurative tradizionali” a connotazione non finanziaria. 3. - La responsabilità da collocamento di polizze assicurative a connotazione finanziaria. 4. - Incongruenza tra riqualificazione delle polizze vita e sue pretese conseguenze. 5. - Limiti sistemici alla riqualificazione.

### **1. Tra codice delle assicurazioni (d. legis. 205/2006) e Tuf (d. legis. 58/1998)**

L'obiettiva diversità dei prodotti assicurativi e finanziari porta il codice delle assicurazioni (d. legis. 206/2005) a definire in modo differente il regime delle responsabilità di imprese ed intermediari rispetto a quella del Tuf (d. legis. 58/1998). Nella prima, invero, si rinviengono delle regole di comportamento a contenuto omogeneo (art. 183 cod. ass.) che devono essere osservate dagli appartenenti alle due categorie<sup>1</sup>. Tendenzialmente sia l'impresa proponente sia il soggetto che vi collabora sono posti sullo stesso piano quando operano per la perfezione della relazione con il cliente assicurato.

---

\*\* Il presente scritto, con l'aggiunta d'alcune note minime ed alcune integrazioni, riproduce il testo della relazione tenuta a Firenze il 19 gennaio 2011, al convegno *Imprese e intermediari assicurativi: regole e responsabilità nell'evoluzione continua della normativa*, tenutosi per iniziativa della Fondazione CESIFIN - Alberto Predieri e della A.I.D.A.- Sezione Toscana.

\* Università di Padova.

1 Le regole di comportamento contenute nell'art. 183 cod. ass. si applicano tanto agli intermediari assicurativi quanto alle imprese di assicurazione mentre quelle dell'intermediazione finanziaria disciplinano (art. 21 Tuf) l'attività dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento e cioè Sim, imprese di investimento, Sgr, Sicav, banche italiane abilitate, i soggetti autorizzati ad operare il regime di libera prestazione di servizi o di stabilimento e quegli altri intermediari residuali originariamente iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 Tuf, SANGIOVANNI, *Le norme di comportamento di imprese e intermediari assicurativi*, in *Danno e resp.*, 2010, 96.

L'attività dell'uno e dell'altro risultano essenziali, seguendo l'impostazione europea, per la miglior soddisfazione dell'utente<sup>2</sup>, da realizzarsi osservando dei principi di comportamento tesi, prima, a ridurre le c.d. asimmetrie informative che naturalmente penalizzano il loro interlocutore<sup>3</sup> e, poi, a favorire l'individuazione d'una soluzione in grado di appagare effettivamente l'interesse di quest'ultimo<sup>4</sup>.

Il codice delle assicurazioni, peraltro, non risulta unica fonte delle regole di comportamento degli operatori di settore poiché il raggio d'azione di quello non copre il collocamento delle polizze a prevalente contenuto finanziario- definite prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione (art. 1, comma 1°, lett. w-bis, Tuf)- che è disciplinato dagli art. 21 Tuf, e dai provvedimenti Consob, cui compete la vigilanza sulla correttezza e trasparenza dei comportamenti degli intermediari e delle imprese di assicurazioni (art. 25-bis, commi 1° e 2°, Tuf). Con una scelta discutibile e dubbiamente compatibile con la normativa europea<sup>5</sup>, infatti, il legislatore di fine 2005, per elevare/omogeneizzare il livello di protezione dei contraenti di polizze vita a contenuto complesso (*index linked* ed *unit linked*) e contratti di capitalizzazione, ne ha esteso le -postulate- più avanzate regole della disciplina finanziaria<sup>6</sup>. Perciò la condotta di imprese ed

2 L'implementazione della disciplina dell'intermediazione assicurativa ed, in particolare, la valorizzazione del ruolo dei collaboratori dell'impresa si pone quale conseguenza del recepimento della direttiva 2002/92/CE, per il cui esame si vedano, VOLPE PUTZOLU, *L'attuazione della direttiva sulla intermediazione assicurativa - Doveri e responsabilità degli intermediari*, in *Assicurazioni*, 2004, I, 329 ss.; ID, *La distribuzione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione*, ivi, 2007, 179 ss. e MARANO, *Il mercato unico della intermediazione assicurativa: aspirazioni europee ed illusioni nazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 175; ID, *Gli intermediari di assicurazione e riassicurazione*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di Amorosino e Desiderio, Giuffrè, 2006, 280.

3 Situazione di svantaggio che la dottrina- DI AMATO, *Trasparenza delle operazioni di protezione dell'assicurato* (artt. 182-187), in (artt. 182-187), in *Il nuovo codice*, cit., 365-ritiene essere il <<primo nemico che il legislatore si prefigge di sconfiggere con la disciplina dettata per i diversi segmenti del mercato finanziario>>.

4 DI AMATO, op. loc. cit.

5 SIRI, *Trasparenza delle operazioni e tutela dell'assicurato nel codice delle assicurazioni e nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Il nuovo codice*, cit., 389-390; ID, *La commercializzazione dei prodotti finanziari emessi dalle banche e da imprese di assicurazione*, in *L'attuazione della Mifid*, a cura di Apice, Bologna, 2010, 606-607; ROMAGNOLI, *Controllo e regole di collocamento dei «prodotti» assicurativi a carattere finanziario*, in *Giur. civ. comm.*, 2007, II, 90 ss.; CARLEVALE, *I prodotti finanziari assicurativi*, in *Assicurazioni*, 2007, I, 654 e 663 ss.

6 Per tutti, cfr, CAPRIGLIONE, *La legge sul risparmio tra tutela degli investitori e ridefinizione degli assetti istituzionali di vertice*, in, *La nuova legge sul risparmio*, a cura di Capriglione, Cedam, 2006, 23; ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio ed il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, 8-9

intermediari è oggi ordinata da documenti appartenenti a sistemi diversi benché il contenuto prescrittivo dell'uno e dell'altro plesso sia ritenuto, per quanto concerne il profilo d'interesse, sostanzialmente analogo<sup>7</sup>.

## **2. La responsabilità da collocamento di “polizze assicurative tradizionali” a connotazione non finanziaria**

Seguendo la bipartizione legislativa, dunque, per affrontare il tema delle responsabilità di imprese ed intermediari ci si deve misurare con disposizioni appartenenti a sistemi diversi a seconda che ci si ponga nella prospettiva dell'offerta e conclusione di un contratto d'assicurazione tradizionale –per il legislatore a connotazione finanziaria marginale od assente- o di quelli attratti nell'orbita del Tuf<sup>8</sup>.

In ipotesi di collocamento di polizze della prima categoria ci si deve volgere all'art. 183 cod. ass.<sup>9</sup>, disposizione centrale ove il legislatore raccoglie quei principi che -previa specificazione regolamentare da parte dell'autorità- mirano ad orientare la condotta di imprese ed intermediari alla soddisfazione dell'interesse della loro controparte. La loro violazione, dunque, si pone quale base per la contestazione della condotta dell'operatore professionale e quindi della sua possibile responsabilità<sup>10</sup>.

In particolare, il documento normativo dispone che nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti imprese ed intermediari devono comportarsi con diligenza, correttezza, e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati (art. 183, comma 1°, lett. a, cod. ass.). Prescrive, poi, che i primi acquisiscano dai contraenti le informazioni necessarie per valutare le loro esigenze assicurative e previdenziali ed operino affinché gli assicurati siano sempre adeguatamente informati (art. 183, comma 1°, lett. b, cod. ass.). A quelle indicazioni seguono due ulteriori previsioni (comma 1°, lett. c, d), riconducibili alle precedenti; infatti, l'obbligo di prevenire situazioni di conflitto d'interesse e renderle percepibili agli assicurati, può considerarsi espressione

7 Per tutti, si vedano, oltre a CARLEVALE, op. cit., 662 e 671 ss, anche CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità* in *Assicurazioni*, 2011, I, 387 ss.

8 Su tale bipartizione, oltre alla dottrina segnalata nelle note precedenti si veda anche ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, in *Il nuovo codice*, cit., spec., 87 ss.

9 Su cui, oltre alla dottrina citata nelle note precedenti si veda ROSSETTI, *Obblighi informativi e responsabilità degli intermediari nel nuovo codice delle assicurazioni*, scritto che ho potuto leggere prima della sua stampa per la cortesia dell'autore, ora in *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa* a cura di M. Franzoni ed altri, Giuffrè, 2012.

10 V. SANGIOVANNI, op. cit., 99.

del più generale dovere di trasparenza e correttezza; il dovere di realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana, prudente e d'attuare tutte le misure idonee alla salvaguardia dei diritti di contraenti ed assicurati, si presta ad essere letto, invece, come una specificazione di quel dovere di correttezza e diligenza imposta agli operatori di settore.

Il legislatore, dunque, richiama principi di comportamento e criteri di valutazione propri della tradizione civilistica e pone valori nuovi -quali la trasparenza o l'obbligo di realizzare una gestione finanziaria sana e prudente- che si giustificano in ragione della complessità dell'impresa assicurativa e del fatto che il contratto è un segmento di un'operazione economica che trasforma l'assunzione del rischio altrui da alea ad esercizio d'attività imprenditoriale, cui si connettono le finalità della vigilanza<sup>11</sup>. L'operare delle autorità di settore, infatti, deve svolgersi (art. 3, cod. ass.) <<avendo riguardo alla stabilità, efficienza alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo>>, principi informatori di quel potere normativo di definizione delle specifiche regole di comportamento e del loro ambito d'applicazione (art. 183, comma 2°-3°, cod. ass.) che il legislatore attribuiva ad Isvap ed ora spetta ad Ivass<sup>12</sup>.

Il richiamo espresso alle clausole generali, a fronte degli ampi spazi riservati alla normativa regolamentare, ha il pregio di conservare una certa elasticità al giudizio sulla condotta di impresa ed intermediari ed, in specie, fuga il dubbio dell'applicazione di automatismi, confermandosi in tal modo che l'osservanza della normativa subprimaria, per quanto determinate ai fini della ricostruzione del comportamento dovuto, non esime imprese ed intermediari dal farsi carico- in ossequio al dovere di correttezza (art. 1175, cod. civ.)- anche della soddisfazione dell'interesse della controparte, sia essa contraente od assicurato. Dunque l'osservanza formale delle -anche minuziose- disposizioni regolamentari che contemplano obblighi di consegna di "poderosi" documenti informativi non assorbe o supera ogni dubbio in merito alla correttezza dei soggetti passivi dei precetti<sup>13</sup>.

11 DONATI – VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*<sup>10</sup>, Giuffrè, 2012, 5.

12 L'art. 13 del d.l., 6.7.2012, n. 95, ha disposto la liquidazione dell'Isvap ed il trasferimento di tutte le sue funzioni, unitamente a quelle già spettanti a Covip, ad una nuova autorità denominata <<Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni e sul risparmio previdenziale (Irvap), poi, in sede di conversione ribattezzata <<Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (Ivass)>>.,

13 Analogamente a quanto dispone la disciplina mobiliare- DI AMATO, op. cit., 366- il riferimento al dovere di diligenza e correttezza si pone quale limite alla deresponsabilizzazione degli operatori professionali, impedendo di considerarli liberati dai loro obblighi con la sola consegna di una complessa documentazione, che per il suo stesso contenuto o consistenza -si può aggiungere- non è in grado di stimolare una ponderata valutazione del contraente, disincentivato dai tempi necessari per la lettura e comprensione. Negli stessi termini si

La condotta dell'impresa e degli intermediari è, poi, valutata attraverso la lente degli standard professionali di diligenza (art. 1176, comma 2°, cod. civ.) che possono essere pretesi da operatori specializzati, in quanto abilitati allo svolgimento di attività riservate. Quindi la loro opera dovrà caratterizzarsi per un approccio specialistico sia per quanto riguarda la valutazione delle informazioni raccolte dal cliente che per quanto concerne la conoscenza del prodotto che gli viene offerto<sup>14</sup>.

Analogamente a quanto previsto per la contrattazione nel mercato mobiliare (artt. 21, comma 1°, lett. a; 98-ter, comma 2°, Tuf), gli intermediari e le imprese devono osservare un peculiare obbligo di trasparenza. L'operatore professionale, per farsi carico delle esigenze della controparte, deve predisporre moduli contrattuali che contengono clausole intelleggibili e chiare, sulla base di cui l'utente possa compiere scelte ragionate, anche con l'eventuale supporto di chi le ha predisposte o le propone. Per non essere censurabile, in altri termini, l'assicuratore e l'intermediario devono consegnare al cliente atti prenegoziali od altre comunicazioni informative, formulate conformemente agli schemi definiti dall'autorità amministrativa incaricata di individuare quel *set* di dati ritenuto utile, anche per il modo con cui sono confezionati, a consentire la ponderazione delle scelte di quest'ultimo<sup>15</sup>. Trasparenza, dunque, che si sostanzia, come confermato dall'art. 166, comma 1°, cod. ass.- in un dovere di esprimersi in modo chiaro ed esauriente<sup>16</sup>.

In fine, la correttezza della prestazione di imprese ed intermediari postula un loro dovere di informarsi in merito alla situazione del cliente, dei suoi bisogni ed aspirazioni, per consentirgli la conclusione di un contratto in grado di appagare le sue esigenze- o seguendo una lettura risalente dell'autorità di vigilanza (art. 28 circolare Isvap 551/D del 2005)- per lui effettivamente utile. Obbligo d'attivazione che sembra doversi, peraltro, leggere in modo coordinato con quello d'informazione, che è ribadito per gli intermediari dall'art. 120 cod. ass.

La diversa prossimità al contraente porta, però a diversificare le potenziali responsabilità dei distinti operatori professionali ancorché ciò non emerga con chiarezza dai documenti normativi. Di massima l'assicuratore, sempre che non si interfacci direttamente con l'interessato, dovrà predisporre documenti illustrativi e condizioni di polizza chiari ed intelleggibili, accompagnandoli

veda anche DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 22 ss.

14 Con specifico riguardo alla responsabilità del *broker* si veda, CASS., 27.12.2010, n. 12973, in *Foro it.*, 2011, I, 158.

15 DE POLI, op. loc. cit.

16 CAVALLO BORGIA, op. cit., 330.

da una nota informativa contenente tutti i dati e le necessarie <<affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa>> (art. 183, comma 1°, lett. b, cod. ass.). L'intermediario, che normalmente si relaziona con l'utente, invece, si deve far carico d'un'opera di informazione specifica, personalizzata, tagliata sulle caratteristiche e capacità dell'interlocutore concreto, resa possibile dalla preventiva acquisizione delle notizie relative alla propria controparte.

L'esattezza della prestazione dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività assicurativa e d'intermediazione, dunque, deve essere misurata verificando, se quelli hanno assolto il non facile compito di comprensione preventiva dell'entità e consistenza dei bisogni del loro interlocutore e dell'idoneità delle polizze commercializzate ad appagarli<sup>17</sup>. Verifica, peraltro, che in caso di esito negativo, e cioè in ipotesi di riscontro della indisponibilità di polizze in grado di appagare l'aspirazione del potenziale cliente, imporrà all'assicuratore di non concludere il contratto ed all'intermediario legato da particolari vincoli d'esclusiva a desistere dalla proposta, consigliando il proprio interlocutore di rivolgersi ad altri<sup>18</sup>.

### 3. La responsabilità da collocamento di polizze assicurative a connotazione finanziaria

La perimetrazione dell'area della responsabilità derivante dalla distribuzione e collocamento di polizze a connotazione finanziaria risulta particolarmente complessa per l'operare di diversi fattori "metanormativi" derivanti, se si vuole,

17 La più autorevole dottrina- VOLPE PUTZOLU, *La valutazione di adeguatezza del contratto di assicurazione offerto*, scritto che ho potuto leggere, per la cortesia dell'autrice, prima della sua stampa ed ora in, *La responsabilità civile nell'interpretazione assicurativa*, cit.- ha infatti, evidenziato l'estrema delicatezza e difficoltà dell'assolvimento della verifica di adeguatezza nel settore assicurativo. L'obbligo d'offrire un prodotto adeguato, impone al debitore di misurarsi con il fatto che normalmente <<coloro che richiedono coperture non sanno nel quale tipo di prodotto possa essere idoneo a soddisfare le proprie esigenze di sicurezza ne sono in grado soprattutto di valutare la rispondenza del contratto offerto alle predette esigenze>>. Ulteriormente, la stessa studiosa rileva come <<la varietà dei prodotti assicurativi offerti, sia con riguardo alla tipologia dei rischi coperti, che con riferimento alle condizioni e alle modalità di copertura, rende difficile, per non dire impossibile, l'indicazione normativa, sia pure sommaria, delle informazioni che devono essere richieste al contraente specialmente nel settore dei rami danni>>. Analogamente evidenzia la complessità e centralità dell'attività di orientamento preventivo consulenziale, LANDINI, *Informativa precontrattuale nei contratti di assicurazione rami danni*, in *La regolazione assicurativa. Dal codice ai provvedimenti attuativi*, a cura di Marano e Siri, Giappichelli, 2009, 102-103.

18 G. VOLPE PUTZOLU, *La valutazione di adeguatezza*, cit.



più al “fatto” della novellazione che dal suo contenuto. Aspetto questo non considerato dagli studiosi e su cui merita soffermarsi, potendosi richiamare, per il resto, attesa l’equivalenza tra principi generali raccolti nell’art. 183 cod. ass. e quelli dell’art. 21 Tuf, le osservazioni svolte scorrendo il primo documento normativo.

Prima di concentrarci sul versante segnalato, si impone una precisazione in merito alla portata delle disposizioni del Tuf che, ragionevolmente, costituiscono la normativa d’applicazione generale ed esclusiva. L’esame di correttezza della condotta di imprese e di tutti intermediari considerati dal codice delle assicurazioni deve misurarsi verificando il rispetto, anche da parte loro delle clausole generali come attualizzate dai regolamenti Consob<sup>19</sup>; ragioni sistematiche e di coerenza normativa, infatti, impongono di rigettare l’idea di chi reputa, valorizzando la lettera dell’art. 25-*bis* Tuf, di sottrarre i secondi alla regolazione finanziaria<sup>20</sup>.

Passando all’esame dei fattori “metanormativi” si può osservare come l’introduzione, rispettivamente, della lettera *w-bis*, nel corpo del primo comma dell’art. 1 Tuf, ed in minor misura dell’art. 25-*bis* Tuf, non solo rompe quella che, chiamerei, l’unità formale della disciplina, spostandone i termini di riferimento, ma anche offre uno strumento argomentativo per implementare la portata della normativa preesistente. Si mette, così, a disposizione dell’interprete, e specialmente del giudice, un poderoso argomento retorico, utile per giustificare forme più intense di tutela del risparmio in tutte le sue forme, che in un contesto storico di crisi finanziaria come il presente, si ritiene debbano operare ogni qual volta si profili per l’investitore un rischio attinente alle somme immobilizzate o trasferite ad altri. L’espressa assimilazione normativa delle polizze d’interesse ai prodotti finanziari, infatti, se da un lato, conferma la loro obbiettiva complessità, giustificando la massima attenzione per le istanze –prevalentemente- informative degli assicurati, d’altro, viene valorizzata come elemento che consente di superare la causa assicurativa delle medesime anche quando si ha riguardo a polizze sottoscritte prima della novellazione<sup>21</sup>.

Ad esemplificazione del primo effetto si possono ricordare alcune pronunzie

19 ROMAGNOLI, *Prospettive di vigilanza sulla produzione e distribuzione di polizze vita ed occasioni di investimento*, in *Giur. civ. comm.*, 2010, II, 112; SIRI, *La commercializzazione*, cit., 587.

20 In questo senso, si vedano: ROSSETTI, *Intermediari: le nuove regole del gioco*, in *Assicurazioni*, 2005, 203; DI BRINA, *La disciplina dei prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell’ordinamento finanziario*, a cura di De Angelis e Rondinone, Giappichelli, 2009, 375; FARENGA, *Diritto delle assicurazioni*<sup>3</sup>, Giappichelli, 288.

21 Per tutti si veda, GUADAGNO, *La disciplina delle polizze Unit Linked e la disciplina applicabile*, in questa Rivista, 2011, II, spec. 157 ss.



ove la complessità finanziaria viene ad assumere un ruolo determinante nell'economia della decisione del giudice.

Il sofisticato regolamento negoziale di una polizza *index* in un caso enfatizza la gravità dell'inadempimento da parte del distributore ai suoi doveri prenegoziali di correttezza, convincendo della palese insufficienza dell'osservanza formale dell'obbligo di consegna al sottoscrittore, prima dell'adesione, della relativa documentazione informativa, in ossequio alle indicazioni normative all'epoca vigenti (art. 109, d. legis. 174/1995 e circolare Isvap n. 415/D del 24 luglio 2001)<sup>22</sup>.

Quel generale obbligo di buona fede nelle trattative, infatti, non può dirsi rispettato, e, poi dimostrato, producendo una dichiarazione scritta dell'assicurato attestante il ricevimento, prima della perfezione del negozio, delle condizioni generali di contratto e degli altri elaborati previsti dalla legge per consentirgliene la comprensione. Infatti, la negoziazione di polizze indicizzate impone non solo di effettuare una consegna preventiva ma anche la messa a disposizione del materiale <<(...) in epoca precedente alla sottoscrizione della proposta, in modo da lasciare al cliente uno spazio di tempo sufficiente per colmare le asimmetrie informative che sussistevano con riferimento alla polizza *index linked* rispetto alla controparte onde poter così effettuare una scelta consapevole di negoziazione>>, tenuto conto altresì del profilo personale e professionale noto all'intermediario<sup>23</sup>.

In altra occasione il giudice<sup>24</sup>, rimarcato il dovere di una "sufficiente informazione" preventiva a carico dell'intermediario, a fronte della distonia tra testo della polizza ed il contenuto della nota informativa, ha escluso la validità delle clausole operanti in danno del cliente invocandola nullità di protezione della disciplina consumeristica. Il contrasto tra indicazioni del contratto, che prevedono il diritto alla restituzione del capitale investito con il versamento del

22 TRIB. MILANO, 23.7.2010, in *Danno e resp.*, 2010, 1200.

23 In assenza di indicazioni normative, che per la loro rigidità potrebbero risultare scarsamente utili, come è stato evidenziato -DE POLI, op. cit., 28-29- la valutazione della congruenza dello *spatium deliberandi*, corrente tra la consegna dei documenti e la sottoscrizione del contratto, andrà effettuata verificando se la condotta complessiva dell'impresa, alla luce delle peculiarità del caso, possa dirsi rispettosa di quel principio di buona fede nelle trattative, pena, altrimenti la riduzione dell'adempimento a "scarna forma". Dunque, il giudice verificherà se l'interesse tutelato dalla norma è stato soddisfatto, facendo applicazione di un canone di condotta che il legislatore esplicita, in ossequio alle indicazioni comunitarie, nella regolamentazione dei contratti con i consumatori nell'art. 67-*undecies*, comma 1°, cod. cons.; questo, infatti, prevede che la documentazione informativa ed il testo della proposta devono essere consegnate dal fornitore del servizio finanziario a distanza al consumatore <<in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta>>.

24 TRIB. NAPOLI, 13.6.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

premio unico, con le clausole dell'allegato, che legano la "consistenza" dell'obbligo dell'assicuratore all'andamento d'una data obbligazione, di cui il privato assume il rischio è stato così risolto a favore del primo. Per il tribunale, l'ultimo gruppo di prescrizioni negoziali sono affette da un'invalidità rilevabile d'ufficio, sostanziando -con una limitazione assoluta di responsabilità dell'impresa- quella forma più grave di significativo squilibrio tra diritti ed obblighi derivanti dal contratto, alteranti quell'assetto legislativo tipico, caratterizzato dalla certezza della prestazione dell'assicuratore. Dall'invalidità della clausola, quindi, deriva l'obbligo -per il predisponente e per il suo collaboratore- di restituzione integrale delle somme maggiorate di interessi e mancata remunerazione<sup>25</sup>. Dunque la caratterizzazione accentuatamente finanziaria della polizza, il cui contenuto non si presta ad essere agevolmente compreso dal sottoscrittore, viene ad evidenziare che quella realizza un'alterazione incompatibile con i normali "rapporti di dare ed avere" conseguenti al perfezionamento del contratto esaminato.

Ancora, la natura finanziaria, o l'obiettiva complessità, della polizza facilitano l'impiego dei tradizionali strumenti dell'interpretazione contro il predisponente (art. 1370 cod. civ. ed art. 35 cod. ass.). Un altro giudice<sup>26</sup>, infatti, a fronte delle contrastanti indicazioni di polizza ed allegati in merito alla garanzia della restituzione del capitale, ha accolto la domanda dell'assicurato applicando le regole pensate per controbilanciare la posizione del contraente forte ed il suo vantaggio di scelta del contenuto della proposta. Dunque la mancata di un appropriato livello di chiarezza- tanto più a fronte di soggetti inesperti di tematiche finanziarie- giustifica il loro incolpevole affidamento, legittimando l'interpretazione a loro più favorevole, con conseguente addossamento delle conseguenze del dubbio a carico dell'impresa predisponente. Non si pone,

<sup>25</sup> Per la nullità della clausola di trasferimento dell'alea relativa al rimborso del premio per sua mancata approvazione espressa (art. 1341, comma 2°, cod. civ.) o per l'operare della disciplina consumeristica si veda TRIB. MILANO, 12 febbraio 2010, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2012, II, 66, con nota adesiva di PIRAS, *Polize "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*. Diversamente TRIB. MILANO 12.1.2007, in *Assicurazioni*, 2008, II, 55, con nota di S. LANDINI, *Dichiarazioni di avvenuta ricezione e accettazione del testo contrattuale, <<tecniche di vendita aggressiva>>* afferma la nullità della clausola facendo valere le presunzioni di vessatorietà, rispettivamente, relativa ed assoluta poste dall'art. 1469-bis, comma 1°, n. 10 e dall'art. 1469-quinquies, comma 1°, n. 3, cod. civ., che sanzionavano con l'inefficacia quelle che prevedevano <<l'estensione dell'adesione a clausole che il consumatore non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto>>. Il fatto del rinvio da parte della polizza, non visionata prima della sottoscrizione, ad altro allegato consegnato coevamente, e dunque prima ignoto, in cui era descritta la disciplina sostanziale del rapporto, porta ad affermare la carenza di una valida accettazione e quindi la <<nullità dell'intero contratto per difetto dell'elemento volitivo>>.

<sup>26</sup> TRIB. PRATO, 20.9.2011, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

quindi, l'obbligo di restituzione come conseguenza di un vizio della clausola o dell'inadempimento dell'impresa perché quella non è, *ab origine*, rilevante ai fini della ricostruzione dell'assetto d'interessi conseguente alla sottoscrizione della polizza.

Sempre argomentando sul piano dell'interpretazione del contratto viene soddisfatto quel bisogno di protezione dell'investitore assicurato, con un'impostazione che ha ricevuto un incidentale avvallo della corte regolatrice<sup>27</sup>. Questa, infatti, ha confermato la correttezza della scelta del giudice che, non vincolato dal nome che le parti attribuiscono all'accordo, verificatane la "reale" sostanza giuridica, o la sua funzione concreta, procede all'applicazione della corrispondente disciplina anche se diversa da quella assicurativa. Si offre, così, al contraente, nei limiti della domanda, per tramite d'un'opera di riqualificazione, una tutela che per riferirsi ad un fatto sostanziale prescinde dalla vigenza della disposizione normativa che ha assimilato certe polizze vita ai prodotti finanziari, appagando, così quelle richieste dell'interlocutore di impresa ed intermediario senza -quanto meno apparentemente- far retroagire il precetto nuovo al momento precedente del fatto, giustificando un'operazione equitativa di parificazione di "prodotti" caratterizzati da una contiguità e fungibilità merceologica<sup>28</sup>.

27 Cass., 18.4.2012, n. 6061 in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it), ha enunciato il seguente principio di diritto <<In tema di contratto di assicurazione sulla vita stipulato prima dell'entrata in vigore della l. 28 dicembre 2005 n. 262 e del d.leg. 29 dicembre 2006 n. 303, nel caso in cui sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio vengano versate in fondi d'investimento interni o esterni all'assicuratore, che, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento stesso (polizze denominate *unit linked*), il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 cod. civ., deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata, al fine di stabilire se esso, al di là del nomen iuris attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di performance sia per intero addossato all'assicurato)>>.

28 Cfr TRIB. VENEZIA, 8.7.2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui se si accogliesse la tesi della banca intermediaria, fondata sulle differenze normative tra categorie <<(...) si privilegierebbe in modo irragionevole la forma (polizza assicurativa) a scapito della sostanza-creando quanto meno per il periodo anteriore all'entrata in vigore del dlgs. n. 303/2006-un'ingiustificata disparità di trattamento tra i sottoscrittori di obbligazioni o altri titoli e i sottoscrittori di polizze *index linked*>>.

Una giurisprudenza perplessa<sup>29</sup>, ancorché ampiamente diffusa, ritiene infatti di poter verificare di volta in volta la reale portata dell'accordo delle parti scegliendo il regime applicabile in ragione della prevalenza o meno della funzione assicurativa rispetto a quella finanziaria<sup>30</sup>. Il giudice, dunque, in un primo momento fissa la causa assicurativa per poi verificare se altri fattori, quale la variabile speculativa od il rischio d'investimento possano dirsi preponderanti od assorbenti della prima<sup>31</sup>.

Volendo trarre una regola pratica dall'applicazione del criterio della prevalenza può affermarsi che l'elasticità del contratto assicurativo trova un limite nell'entità della garanzia del rimborso del premio corrisposto. La polizza conserva la sua funzione previdenziale, reputata caratterizzante, sin tanto che preveda la retrocessione delle somme versate dal contraente all'esito della sottoscrizione; la perde, invece, se risulta assolutamente incerta non solo la remunerazione di quanto dato ma anche la sua restituzione per lo <<spostamento dell'intero rischio dei capitali formati con i premi a carico

29 Per una rigorosa critica della quale, è d'obbligo rimandare alle pacate riflessioni di VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, I, 398 ss.

30 Tra le prime pronuncia edite si veda anche, Trib. Trani, 11.3.2008, in *Giur. civ. comm.*, 2009, I, 130.

31 TRIB. VERONA, 23.9.2010, in *Danno e resp.*, 1199 e diffusamente, TRIB. VENEZIA, 8.7.2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Per il giudice veneto, apparso che <<la prestazione dell'assicuratore non è affatto legata ad un evento attinente alla vita umana ma è legata al valore di titoli che si acquistano nel mercato borsistico>> è palese che <<la causa di tale contratto è in misura prevalente, completamente estranea alla causa del contratto di assicurazione ed è del tutto irrilevante che il *nomen iuris* attribuito dalle parti (o meglio dall'assicuratore) sia quello di assicurazione>>. Poiché gli unici veri rischi legati all'andamento dell'investimento sono stati assunti dall'assicurato <<risulta in modo evidente dalla stessa polizza che il prodotto offerto e sottoscritto(...)>> ha <<natura quasi esclusivamente finanziaria e come tale rientra pienamente nella lettera u) dell'art. 1 comma 1 del dlgs n. 58/98 (...) con conseguente necessità di sottoporre lo stesso alla legge sulla intermediazione mobiliare>>. Ulteriormente, per il Tribunale -a prescindere dalla valenza confermativa/ricognitiva della novelazione - <<(...) nessun dubbio può sorgere che, anche prima della modifica del d. lgs. n. 58/90, "i prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione" rientrino a pieno titolo tra "gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimenti di natura finanziaria di cui alla vecchia lett. u) dell'art. 1 comma 1. Pur con un'interpretazione strettamente legata al dato letterale della legge è quanto mai arduo ritenere che la polizza *index linked* non appartenga quanto meno ad "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria" atteso che, come è stato sopra evidenziato, il suo contenuto è in massima parte sganciato da quello di una comune polizza vita, in relazione all'assenza di una causa assicurativa, e ha natura finanziaria>>. E di qui la conseguente applicazione e verifica del rispetto degli artt. 21 Tuf e artt. 26, 28 e 29 del regolamento Consob.

dell'assicurato>><sup>32</sup>. Sul superamento di quel limite è, infatti, fondata la pretesa al rispetto da parte di impresa ed intermediario della più complessa disciplina di profilatura del cliente, adeguatezza della proposta ed altre formalità a tutela del sollecitato, dettate dal Tuf e dai regolamenti Consob con un dettaglio sconosciuto alla disciplina assicurativa, cui peraltro, s'accompagnava, già prima del 2005 la previsione dell'inversione dell'onere della prova in favore dell'oblato<sup>33</sup>. Cambiamento di regime, si deve evidenziare, che risulta decisivo sia per la definizione delle controversie in tema di inadempimento sia per quanto concerne la quantificazione del danno da porre a carico dell'intermediario. La riqualificazione del contratto in termini di prodotto finanziario modifica sostanzialmente la posizione processuale delle controparti professionali che, per liberarsi dall'addebito, devono dimostrare il pregresso compimento di incombeni "eccentrici". La normativa mobiliare, peraltro, agevola l'assicurato consentendo, per una certa giurisprudenza<sup>34</sup>, di presumere non solo la colpa ma anche il nesso di causalità tra l'inadempimento ed il danno lamentato. A fronte di un investimento assicurativo inadeguato per l'attore si pretende la produzione da parte del convenuto di quell'avvertimento specifico con cui veniva sconsigliata l'adesione, si dava atto della dissonanza rispetto al profilo di rischio sostenibile dal cliente nonché della comunicazione con cui quest'ultimo dichiarava comunque di voler persistere nella sua scelta<sup>35</sup>.

32 TRIB. VERONA, 23.9.2010, cit.

33 Inversione dell'onere della prova, peraltro, assolutamente rilevante, sol si considera che prima dell'introduzione dell'art. 25-bis, Tuf, l'art. 178, cod. ass., lo prevedeva – P. MARANO, op. cit., 280- solo per i giudizi di risarcimento del danno avviati dal contraente di polizze vita nei confronti dell'assicuratore e non anche verso l'intermediario. Per una considerazione dell'impatto dell'agevolazione processuale, si veda CORRIAS, op. cit., 401 ss.

34 Trib. Venezia, 8.7.2010, cit.

35 Paradigmatica, ancora, è un passo della motivazione della citata sentenza del Tribunale di Venezia: <<Se in generale grava specificamente sull'investitore l'onere di dimostrare il nesso di causalità tra inadempimento degli obblighi di comportamento e danno, onere che può essere assolto eventualmente anche attraverso il ricorso a presunzioni a norma dell'art. 2727 cod. civ., l'inversione dell'onere della prova previsto a carico della banca dall'art. 23 Tuf in ordine all'osservanza degli obblighi di diligenza e corretta informazione non può, infatti, estendersi anche alla dimostrazione del nesso di causalità tra condotta negligente della banca e danno, vi sono tuttavia talune ipotesi nelle quali, come emerge inequivocabilmente dalla lettura della sentenza n. 27624/07 delle S.U. della suprema corte, il nesso di causalità in questione deve ritenersi *in re ipsa*. Si tratta di situazioni, come nel caso delle operazioni inadeguate nelle quali il legislatore delegato (...) ha stabilito che l'intermediario può legittimamente dar attuazione all'ordine di investimento solo in presenza di determinate condizioni, non ricorrendo le quali lo stesso ha l'obbligo di astenersi. Ove l'intermediario non si sia astenuto e compie l'operazione dalla quale doveva necessariamente astenersi- abbia, ad esempio, dato corso (...) ad un'operazione inadeguata pur in mancanza di un ordine



#### 4. Incongruenza tra riqualificazione delle polizze vita e sue pretese conseguenze

Compiuta la ricognizione dei percorsi giurisprudenziali di protezione degli assicurati, ci si può concentrare su quello, forse più delicato, che si sostanzia nella riqualificazione del contratto ponendoci un duplice ordine di domande. Senza entrare nel complesso dibattito relativo alla natura delle polizze *index*, ai limitati fini della responsabilità dei collocatori, ci si può chiedere, prima, se chi segue quella strada giunga a conclusioni coerenti con le premesse e, poi, se il settore d'interesse consenta di riconoscere al giudice un potere di riqualificazioni del contratto d'estensione od ampiezza tale a quella che si ritiene spettargli quando gli si sottopongono i tradizionali accordi d'impresa.

Se non ci si inganna, un esame pacato della soluzione riferita, e da tempo caldeggiata<sup>36</sup>, fa emergere come quella non sia pianamente praticabile, indipendentemente dalla ricostruzione che si accolga della causa delle assicurazioni sulla vita e dunque anche se la si ritenga "colorata" da un'insopprimibile funzione previdenziale<sup>37</sup>.

La dimostrazione della natura finanziaria delle polizze *index* non importa l'automatica estensione della disciplina della prestazione dei servizi d'investimento né all'impresa d'assicurazione né al suo intermediario. È pacifico, infatti, che la nozione di prodotto finanziario è posta ai fini della definizione dell'area d'applicazione della normativa sulla sollecitazione all'investimento ed è diversa da quella –che ne costituisce una "sottocategoria"– degli strumenti finanziari<sup>38</sup>. Dunque l'attrazione delle une nel primo insieme non implica

---

impartito per iscritto, ovvero nel caso di ordine telefonico, registrato su nastro magnetico od altro supporto equivalente, in cui fosse esplicitato il riferimento alle risultanze ricevute –deve ritenersi che l'intermediario abbia concorso causalmente a provocare il danno>>.

36 Su cui, per una sintesi delle posizioni espresse antecedentemente alla legge sul risparmio si rinvia a M. STELLA RICHTER, *L'attività di gestione del risparmio di banche ed assicurazioni*, in *I contratti del mercato finanziario* a cura di Gabrielli e Lener, Torino 2004, 661 ss.

37 Per una rigorosa indagine sulla natura delle polizze indicizzate, per tutti è d'obbligo il segnalare gli studi di CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 89 ss, cui adde l'attento volume di PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011, *passim*. L'impostazione segnalata, peraltro, costituisce la premessa, dell'analisi svolta dal primo autore nello scritto, *L'assicurato investitore*, cit., 387-390, ove da ragione dei tipi negoziali cui l'impresa assicurativa è abilitata a concludere senza superare il limite dell'esclusività dell'oggetto sociale e dell'attività riservata.

38 COSTI, *Il mercato mobiliare*<sup>6</sup>, Giappichelli, 2010, 11-12. Negli stessi termini, con specifico riferimento ai prodotti assicurativi si veda ALPA, op. cit., 81-82, mentre per una ricognizione

l'automatica estensione delle regole dettate per l'intermediazione finanziaria che ha per oggetto beni tipici, perché individuati dal legislatore attraverso la loro inclusione in un elenco a carattere tassativo, suscettibile di integrazione successiva per tramite di un provvedimento amministrativo (art. 1, commi 2°, 2§°-bis e 5°; art. 18, comma 5°, Tuf)<sup>39</sup>.

Pertanto dalla qualificazione della polizza *index* come prodotto finanziario, al più, potrà derivarsi l'irregolarità amministrativa della sua offerta al pubblico per mancanza di una preventiva autorizzazione da parte di Consob (art. 94, comma 1°, Tuf)<sup>40</sup>. Infatti, per un principio risalente di tutela degli investitori (art. 94, comma 6°, Tuf), in caso di offerta di prodotti finanziari per cui non è predisposto uno schema di prospetto il sollecitante si deve rivolgere all'autorità per ottenerne la confezione di uno adatto al caso. Dunque, l'errore di qualificazione, e l'emersione della reale natura del contratto, inciderà sulla valutazione della correttezza del comportamento di imprese ed intermediari con l'eventuale rischio della comminatoria d'una sanzione.

A fronte dei dati positivi, deve ripetersi, non è consentito andare oltre poiché lo svelamento della reale natura della polizza, o della sua causa prevalente, non è tale da consentire il recupero d'una normativa concepita per la circolazione di un sottoinsieme di beni tipici, quali, appunto, quelli rientranti nella categoria degli strumenti finanziari, il cui allargamento non può essere ottenuto per via interpretativa.

Conferma dell'impostazione sostenuta, peraltro, si trae dalla stessa formulazione dei documenti normativi vigenti. Il legislatore della novella, infatti, conscio della diversità/alterità della disciplina della sollecitazione da quella dei servizi d'investimento, non si è limitato all'introduzione della definizione di prodotto finanziario assicurativo (art. 1, comma 1°, lett. w-bis, Tuf) ed all'abrogazione dell'esenzione totale dal prospetto per il collocamento di occasioni di investimento diverse dalle azioni o strumenti convertibili emesse da banche ed assicurazioni ma ha anche adottato una disposizione specifica per la loro "promozione" (art. 25-bis, Tuf). Ed è proprio questo secondo documento normativo, che richiama in modo selettivo regole concepite per i servizi di investimento relativi a strumenti finanziari, che corrobora l'esistenza di un ostacolo insuperabile che si oppone alle conclusioni della giurisprudenza<sup>41</sup>.

---

della tematica, anche alla luce delle comunicazioni interpretative di Consob, si veda, SIRI, *La commercializzazione*, cit., 577 ss.

39 COSTI, op. cit., 10.

40 Da quella riqualificazione potrebbe, poi, derivarsi anche un'irregolarità dell'espletamento dell'attività di collocamento di quelle polizze da parte degli intermediari assicurativi tradizionali, come tali non abilitati alla prestazione di servizi d'investimento quale quello fuori sede, riservato ai promotori finanziari.

41 Anche se la corte regolatrice sembra confondere gli strumenti con i prodotti finanziari.



## 5. Limiti sistemici alla riqualificazione

Il rapporto di specialità corrente tra l'insieme dei prodotti e degli strumenti finanziari svela, dunque, l'impraticabilità della soluzione dei nostri giudici e, quindi, come quella in realtà poggia, su d'un'applicazione analogico/retroattiva di una disciplina successiva alla perfezione dei contratti. Si fonda, in altri termini, sull'applicazione ad un "fatto esaurito" d'una norma successiva, attesa l'irripetibilità degli adempimenti preliminari alla formazione del contratto, poiché prima non era dato concludere per l'assimilazione delle polizze index, ai fini della sollecitazione ai prodotti finanziari ne, tanto meno, per l'estensione delle regole sulla prestazione dei servizi di investimento del Tuf alla loro attività di collocamento da parte degli intermediari.

Quell'operazione di riqualificazione retroattiva sembra, poi, collidere sia con i principi domestici che con quelli europei come risultanti dall'interpretazione della Corte di giustizia CE<sup>42</sup>. Il giudice di Strasburgo, infatti, ha escluso che la disciplina assicurativa specifica possa essere intaccata, e dunque alterata, da normative di carattere generale, negando la possibilità di riconsiderare la polizza in termini diversi da quelli fissati dalla prima e di qui la sottrazione delle *unit linked* al raggio d'applicazione della direttiva 85/577/CEE, relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali. La specialità della normativa assicurativa, dunque, costituisce, nel silenzio del legislatore comunitario, un limite alla sua possibile alterazione per via interpretativa della consistenza e degli adempimenti individuati dalla prima<sup>43</sup>. Pertanto, quei contratti che le imprese di assicurazione concludono in quanto espressione della loro attività riservata beneficiano d'una stabilità obbiettiva anche rispetto al contenuto del loro regolamento per essere oggetto di espressa considerazione da parte degli atti normativi dell'Unione.

---

Infatti, CASS. 6061/2012, nel confermare la correttezza dell'operazione di riqualificazione della polizza operata dal giudice di merito, nell'escludere che il primo abbia applicato analogicamente la disciplina successiva evidenzia come il riferimento <<(...) alla normativa successiva (art. 1, comma 1°, lett. w-bis, Tuf) al contratto in questione ha il sol scopo di dimostrare che l'assimilazione dei contratti di tipo *unit linked* agli strumenti finanziari costituisce un esito normativo ormai acquisito>>.

42 CORT. GIUST. CE, 1° 3.2012, causa 16611, spec. punti 29-31, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

43 È da segnalare, peraltro, come il legislatore comunitario quando ha inteso porre discipline comuni a più settori del mercato finanziario lo ha sempre fatto in modo espresso e, comunque, rimarcando la tenuta della normativa speciale. La direttiva 2002/65/CE, concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori, infatti, da un lato (art. 1, lett. b), in sede di definizione del suo campo d'applicazione pone espressamente sullo stesso piano banche, assicurazioni ed imprese d'investimento; dall'altro (quattordicesimo e ventiduesimo considerando), qualifica le proprie disposizioni come regola di carattere generale, recessive rispetto alla disciplina speciale dei singoli settori.

Coerentemente con la propria funzione di garante dell'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto Ue, la Corte di giustizia individua nel testo della direttiva un limite alla capacità creativa dell'interprete e, dunque, alla possibilità- tramite la traslazione dei precetti conseguente alla riqualificazione- di modificare il regime posto dagli atti normativi europei. Fissa così un punto fermo, che si armonizza perfettamente non solo con i principi dell'ordinamento sovranazionale ma anche con quelli di preventiva conoscibilità delle regole di condotta, di tutela dell'affidamento<sup>44</sup> ed irretroattività della legge, considerati immanenti all'ordinamento domestico ancorché solo l'ultimo sia previsto in costituzione come limite all'operatività della legge penale (art. 25, comma 2°, Cost.)<sup>45</sup>. Può, infatti, dirsi acquisito che sia le disposizioni innovative, sia quelle che interpretano autenticamente documenti normativi preesistenti non possono alterare il quadro di riferimento originario, introducendo soluzioni che portano alla costruzione di un precetto non opponibile a chi ha agito in un momento precedente od ha confidato sulla stabilità di un dato assetto disciplinare<sup>46</sup>.

Ora tanto ricordato, non sembra dato dubitare dell'effetto dirompente o di sorpresa della soluzione giurisprudenziale che tramite la riqualificazione pretende l'osservanza –ora per allora- di precetti di cui si escludeva l'estensione, stante il limite della materia, come confermato dalle indicazioni comunitarie. Come è stato sottolineato dalla più autorevole dottrina<sup>47</sup>, le imprese d'assicurazione sia a livello organizzativo che d'operatività sono state sempre rette da plessi disciplinari autonomi rispetto a quelli degli prestatori di servizi finanziari ampiamente intesi, la cui applicazione era espressamente esclusa, com'è, tra l'altro, confermato, per il caso di interesse, dalla direttiva 2004/39/CE c.d. Mifid. Quest'atto d'armonizzazione, costituente uno dei principali riferimenti per la ricostruzione degli obblighi dei prestatori di servizi finanziari, prima, nel preambolo (decimo considerando) e, poi, nella parte dispositiva (art. 2) sottrae al proprio suo raggio d'azione le imprese di assicurazione<sup>48</sup>.

44 STIPO, *Riflessioni sulla problematica della tutela dell'affidamento in diritto pubblico, quale proiezione del principio di buona fede oggettiva con particolare riferimento all'ordinamento comunitario europeo* (2010), [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

45 Per una panoramica si segnala, SEMERARO, *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1200 ss.

46 Per una considerazione generale della tematica alla luce della normativa costituzionale ed europea si veda il puntuale scritto di GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione - Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e soc.*, 2009, 403 ss.

47 VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked*, cit., 405.

48 Nota precedente.

La considerazione d'insieme degli elementi segnalati porta dunque ad individuare un profilo di contrarietà della soluzione criticata rispetto ad una disciplina superiore ed evidenzia l'esistenza di un conflitto da cui quella non può che risultare soccombente. Infatti, la necessità di garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, in uno con quello dell'affidamento, necessariamente comporta una compressione degli spazi entro cui il giudice interno può risolvere i conflitti tramite la riqualificazione del rapporto controverso.

Il metodo della riqualificazione, quindi, pena la violazione del diritto dell'Unione, non permette di spingersi sino al punto di mutare il sistema disciplinare di riferimento, così realizzando una forma di penalizzazione dell'impresa che opera nel territorio della Repubblica; è, infatti, evidente come in tal modo quella viene sottratta al suo regime <<necessario>> per essere assoggettata -sia pur per una maggior tutela degli assicurati- ad uno nuovo che prevede condizioni di attività diverse e se guardate a posteriori inesigibili comunque discriminanti.

È intuitivo, infatti, che il maggior livello di protezione delle controparti delle imprese si traduce in un corrispondente peso per le prime, che si trovano ad essere svantaggiate, così rispetto a quelle operanti negli altri paesi europei, in assenza di scelte applicative omogenee. Non è un caso, d'altronde, che il Tuf, recependo le indicazioni degli atti d'armonizzazione abbia limitato -con specifico riferimento alla regolazione dei servizi finanziari d'investimento- l'introduzione di obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle direttive (art. 6, comma 02°, Tuf), fissando un principio di portata generale, valevole tanto per le amministrazioni quanto per il giudice. Come le prime non possono intervenire integrando le prescrizioni poste a carico delle imprese, se non per ragioni di interesse generale non adeguatamente considerate negli dalla normativa europea, così, a maggior ragione, il giudice, ne direttamente operando interpretazioni formalmente estensive di discipline diverse, né impiegando lo strumento della riqualificazione del rapporto potrà giungere allo stesso risultato, per l'esistenza di una riserva legislativa assoluta che non può essere superata per ragioni equitative.



## IL PROBLEMA DELLA SANABILITÀ DELLA NULLITÀ RELATIVA NEI CONTRATTI FINANZIARI

Marco Rizzuti\*

Questo intervento vorrebbe accennare al problema di un'eventuale sanabilità della nullità relativa ex art. 23 TUF, che possa servire a contrastare comportamenti scorretti del soggetto protetto da tale invalidità, cioè dell'investitore. L'eventualità in questione è tutt'altro che remota e, per certi aspetti, segnala un successo della normativa di protezione, posto che il principale effetto della stessa è stato di dare forza a quel contraente che appariva più debole. Quando ciò accade, però, si può anche porre il problema di un contraente, teoricamente "debole", ma, in realtà, ormai sin troppo forte, che faccia, appunto, un uso scorretto delle tutele riservategli dalla legge. Si tratterà, quindi, di evitare che la giusta esigenza di tutela di un contraente degeneri in un eccesso di protezione dello stesso, con esiti manifestamente irragionevoli. Il problema si presta ad essere ricondotto, sul piano concettuale, nella generale figura dell'abuso del diritto, consistente nell'uso improprio di un diritto, da parte del suo titolare. Si tratta, infatti, di un esercizio del diritto, formalmente conforme allo schema di cui alla norma attributiva, ma sostanzialmente contrastante con la sua funzione, ovvero con lo scopo per cui l'ordinamento ha riconosciuto quel diritto a quel soggetto<sup>1</sup>.

\* Dottore di Ricerca nell'Università degli Studi di Firenze.

1 Si tratta di una categoria giuridica antichissima (si vedano ampi riferimenti storici e comparatistici in BRECCIA *Labuso del diritto*, in *Diritto Privato*, 1997, pp. 19 e segg.), la quale aveva, però, conosciuto un periodo di crisi nell'epoca delle codificazioni moderne, caratterizzata da esasperato legalismo e diffidenza verso l'autonomia dell'interprete, che, invece, istituti come quello in discorso evidentemente esaltano. In seguito, essa era stata riscoperta, sia in Germania, ove il concetto di *Rechtsmissbrauchverbot* trova fondamento nei §§ 226 e 242 BGB, sia in Francia, per la quale si è soliti citare come punto di riferimento il celebre caso *Clément-Bayard, Cour de Cassation*, 3 agosto 1915, in *Dalloz* 1917, I, p. 705. Quanto all'Italia, hanno avuto un'importanza fondamentale alcuni contributi degli anni cinquanta e sessanta, e cioè quelli di SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. del Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166-170; U. NATOLI *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 18 e segg.; GIORGIANNI, *Labuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; RESCIGNO *Labuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 203 e segg. Una delle prime applicazioni giurisprudenziali italiane è rappresentata da Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, p. 256, con nota di SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?* Più di recente il tema è stato trattato da numerosi autori: si vedano, almeno, i contributi raccolti nel volume del 1997 della rivista *Diritto Privato*, coordinato da FURGIUELE, e dedicato, appunto, a *Labuso del diritto*; quelli raccolti in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, a cura di PAGLIANTINI; nonché i contributi di PINO, *Il diritto*

Con riferimento alla legislazione consumeristica, ambito distinto ma con evidenti elementi di affinità rispetto a quello ora in esame, la particolare problematica dell'abuso delle norme di protezione si è inizialmente posta soprattutto fra i giuristi di quelle realtà in cui un apparato di tutele di questo genere esisteva da più tempo che in Italia. Così, nella dottrina francese, si trovano riferimenti alla necessità di contrastare abusi, posti in essere da parte da un consumatore "iperprotetto"<sup>2</sup>, anche in anni in cui il tema era sostanzialmente negletto dalla dottrina italiana<sup>3</sup>. Successivamente, la questione è divenuta ineludibile, quando di essa ha iniziato ad occuparsi la Corte di Giustizia. Si è posto, infatti, il problema di un esercizio abusivo del diritto di recesso, riconosciuto, da molte direttive comunitarie, al consumatore, che abbia contrattato in modalità tali da far considerare necessario un ulteriore periodo di ripensamento<sup>4</sup>. Il recesso, di regola, comporta il ripristino dello *status quo ante* alla stipula del contratto e non deve implicare spese a carico del consumatore, che potrebbero privarlo della convenienza ad esercitare il proprio diritto. Un meccanismo del genere si può prestare, però, ad operazioni di carattere abusivo, da parte di consumatori, che sfruttino con accortezza le

e il suo rovescio. *Appunti sulla scia dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 25 e segg., e C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, pp. 5-14. Nella dottrina francese più recente, cfr. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000, e KARIMI, *Les clauses abusives et l'abus de droit*, Paris, 2001. Nella giurisprudenza più recente, il riferimento è, soprattutto, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 2671, in tema di abuso del diritto di recesso da parte dell'impresa contraente "forte" nei confronti delle imprese concessionarie "deboli", che ha suscitato, come è noto, un vivo dibattito in dottrina. Ulteriori applicazioni dei medesimi principi si possono ritrovare, ancora più di recente, in Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, p. 794, con nota di RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*.

2 Cfr. CARBONNIER, *Propos introductifs*, in *Rev. jur. com.*, 1993, numero speciale *La transparence*, p. 13, il quale evidenzia la necessità di evitare che la "transparence cristal" degeneri in una "transparence chicane"; SINAY-CYTERMANN, *Protection ou superprotection du consommateur*, in *Sem. jur.*, 1994, I, p. 3804; D. MAZEAUD, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, in *D.*, 2002, p. 71, che fa riferimento alla "immèritèe bienveillance" che si rischia di concedere a consumatori in mala fede.

3 GIORGETTI, *La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 781, testo e nota 78, lamentava lo scarso interesse della dottrina italiana per tale profilo, grave in un contesto in cui anche il professionista, specie nel confronto con le associazioni consumeristiche, può venire a trovarsi in situazioni di accentuata debolezza, che lo avrebbero reso meritevole di una qualche maggior tutela.

4 Si pensi, ad esempio, al diritto di recesso riconosciuto dalla direttiva 85/577, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, o a quello previsto dalla direttiva 97/7, per i contratti a distanza.



possibilità offerte loro dalla normativa di protezione<sup>5</sup>. Su queste problematiche è, quindi, intervenuta, in più occasioni, la giurisprudenza europea, prima in relazione ai contratti di mutuo<sup>6</sup>, ed, in seguito, con riguardo all'ipotesi della compravendita di beni di consumo<sup>7</sup>. Nella dottrina italiana più recente, il riferimento a questa giurisprudenza comunitaria è stato, quindi, utilizzato per

5 In effetti, il diritto di recesso, proprio per la sua struttura potestativa, dimostra di essere un terreno particolarmente adatto ad uno scrutinio in termini di abusività. Basti pensare alla più celebre delle recenti sentenze in materia di abuso del diritto, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., che riguardava proprio un'ipotesi di recesso *ad nutum*, esercitato abusivamente dal contraente "forte". Come si è visto, però, non è da escludere che anche il contraente "debole" possa abusare degli strumenti di protezione di cui dispone.

6 Cfr. CGCE, 25 ottobre 2005, sulla causa C-350/03, caso *Schulte*, in *Dir. & Giust.*, 2005, 46, p. 88, e CGCE, 25 ottobre 2005, sulla causa C-229/04, caso *Crailsheimer Volksbank*, in *Dir. & Giust.*, 2005, 46, p. 88, secondo le quali, in caso di recesso del consumatore mutuatario, egli deve non solo restituire il capitale, ma anche corrispondere gli interessi ad un tasso di mercato, poiché, altrimenti, la norma di tutela si trasformerebbe in uno strumento di arricchimento abusivo.

7 Secondo CGCE, 3 settembre 2009, sulla causa C-489/07, caso *Messner*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 26 e segg., con nota di COGNOLATO, *Contratti del consumatore e "diritto delle restituzioni" (secondo la Corte di Giustizia CE)*, in caso di recesso da un contratto di vendita, il consumatore può essere obbligato al pagamento di un'indennità per l'utilizzo della merce, qualora il professionista dimostri che essa è stata utilizzata in maniera contrastante con i principi della buona fede e del divieto di ingiustificato arricchimento. Basti pensare al caso di un consumatore che, in maniera premeditata, ordina la merce per una determinata occasione, la utilizza e, poi, recede, così da realizzare, in sostanza, lo scopo di un contratto di noleggio, senza, però, pagare alcun canone. La condanna al pagamento dell'indennità finirà, dunque, per riequilibrare il rapporto col venditore, trasformato, suo malgrado, in locatore. In dottrina, si sono fatti i casi dell'ordine di un abito da indossare in un'occasione speciale, di stoviglie per un ricevimento, o di un televisore per seguire un evento sportivo. Cfr. PAGLIANTINI, *La forma informativa dei c.d. scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., pp. 165 e segg. In proposito, parte della dottrina ha, inoltre, sostenuto che sarebbe possibile un sindacato sulle motivazioni che hanno spinto il consumatore ad esercitare il recesso, così da privarlo di efficacia nei casi più estremi, in cui esso risulti manifestamente abusivo (cfr. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito "ex lege" al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 359 e segg.; GUERINONI, *I contratti del consumatore*, cit., pp. 420-423). Questi autori propongono l'ipotesi di un imprenditore che, per attuare un'azione di boicottaggio, organizzi l'attività di numerosi soggetti, qualificabili come consumatori, i quali provvederanno a contrarre con un suo concorrente, così da spingerlo ad approvvigionarsi di un grosso quantitativo di merce, salvo, poi, recedere tutti, così che la merce resti, alla fine, invenduta, con immaginabili ripercussioni sulle finanze del soggetto boicottato. Di fronte a questa ipotesi di recesso, organizzato e rispondente ad un unitario disegno, parrebbe, in effetti, opportuno e ragionevole ammettere un sindacato in termini di abusività e, quindi, anche una conseguente invalidazione dei vari atti di esercizio dello *ius poenitendi*.



fornire una risposta affermativa al quesito circa l'ammissibilità dell'impiego della categoria dell'abuso del diritto, anche per i comportamenti scorretti di quei soggetti "deboli" che godono di una particolare protezione da parte dell'ordinamento<sup>8</sup>. Del resto, in almeno un caso, questa eventualità sembra trovare un riconoscimento legislativo, come dimostra l'ipotesi della nullità del contratto di locazione per violazione del requisito della forma scritta<sup>9</sup>, cui si sia accompagnata l'instaurazione di un rapporto locatizio meramente fattuale. In tal caso, per espressa disposizione di legge, il conduttore potrà recuperare alla giuridicità detto rapporto, esercitando una specifica azione giudiziale purché la violazione della norma sulla forma scritta e, quindi, l'instaurazione del rapporto di fatto, risultino essere state pretese, ed imposte, dal locatore<sup>10</sup>. Altrimenti, nella valutazione legislativa, il conduttore cessa di essere portatore di un interesse meritevole di tutela, per cui non vi sono più ostacoli a che la

8 Così, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 13. L'autore richiama anche la giurisprudenza italiana sull'abuso del diritto da parte del lavoratore subordinato, cioè del soggetto che rappresenta, come è noto, il modello più risalente di contraente protetto. Si allude, in particolare, a Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1068, con nota di CANNATI, che ha riconosciuto la legittimità di un licenziamento disciplinare intimato in considerazione della malattia del lavoratore. Infatti, nel caso di specie, la malattia poteva considerarsi causata dalla condotta dello stesso lavoratore, che aveva richiesto un periodo di ferie, sostenendo di averne bisogno per accudire la madre, ma lo aveva, poi, utilizzato per recarsi in un Paese tropicale, dove le probabilità di contrarre la malaria erano assai elevate, tanto che lo stesso lavoratore aveva già sofferto del medesimo morbo, al ritorno da altri suoi precedenti viaggi nel Paese in questione. Il caso è interessante, poiché il lavoratore non aveva superato il periodo di comporto, né si può sostenere che il datore di lavoro abbia un potere di controllo sul modo in cui i dipendenti scelgono di impiegare le proprie ferie. Si tratta, quindi, di un'ipotesi in cui il lavoratore ha, appunto, abusato di diritti, di cui pure era certamente titolare, cioè quelli all'assenza per malattia ed al riposo feriale. Peraltro, è significativo considerare che qui il soggetto, che gode degli istituti di tutela in questione, difficilmente può essere considerato "debole" in termini sociologici, trattandosi di un dirigente bancario dedito al turismo esotico.

9 Previsto dall'art. 1, comma 4, della legge 9 dicembre 1998, n. 431.

10 Il riferimento è all'art. 13, comma 5, della legge 9 dicembre 1998, n. 431. È chiaro, infatti, che il conduttore, nella maggior parte dei casi, non ricaverebbe alcun vantaggio, ma sarebbe anzi pesantemente danneggiato, dalla pura e semplice declaratoria di nullità del contratto, anche se questo era stato posto in essere in violazione delle norme a sua tutela. Il conduttore dovrebbe, infatti, rilasciare l'immobile e indennizzare la controparte per averne indebitamente goduto, secondo le regole dell'arricchimento senza causa. Pertanto, il regime della nullità viene opportunamente modificato, con la previsione di un meccanismo che, al tempo stesso, consenta di recuperare il contratto e di adeguarne i contenuti, attraverso un'opera di integrazione giudiziale. Cfr. LAZZARO e M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, Milano, 2002, I, p. 353, i quali mettono in evidenza che la *ratio* della normativa sulla locazione di fatto consiste appunto nell'evitare che la nullità si ritorca contro il soggetto protetto.

nullità produca tutti i suoi effetti, anche quelli a lui svantaggiosi<sup>11</sup>.

All'interno del quadro sistematico così delineato, si può porre anche il problema di utilizzare lo strumento della convalida per paralizzare pretese manifestamente abusive del contraente protetto, che si serva delle nullità, legislativamente previste a sua tutela, per scopi distorti. In effetti, negli ambiti in cui è sempre stata pacificamente ammessa, la convalida del negozio invalido si giustifica, in fondo, proprio per la sua funzione di contrasto a quella particolare ipotesi di abuso del diritto, che consiste nel *venire contra factum proprium*<sup>12</sup>. Non ci sembra, quindi, anomalo che, nell'attuale fase evolutiva dell'assetto delle patologie contrattuali, lo stesso problema si ponga anche per le nullità protettive, in particolare nell'ambito dei contratti finanziari. La casistica è quella di investitori che, dapprima, abbiano, per anni, incassato, con piena soddisfazione, gli utili derivanti da certi prodotti finanziari, e, poi, di fronte ad un peggioramento dell'andamento del mercato, tentino di liberarsi del prodotto, facendo valere un originario vizio di nullità protettiva. In dottrina, l'ipotesi era già stata presa in considerazione dagli autori favorevoli all'ammissibilità di sanatorie del contratto nullo, che in essa rinvenivano un caso paradigmatico, indicativo dell'opportunità di riconoscere efficacia ad una

11 Insomma, se fosse stato proprio il conduttore a pretendere che il contratto non venisse formalizzato, o se, comunque, la decisione fosse stata frutto di una "complicità" fra le parti, che contavano, quindi, di ricavarne entrambe dei vantaggi, allora verrebbe meno la *ratio* di tutela del conduttore, inteso come contraente debole, che informa la normativa in discorso. In sostanza, un conduttore che, in un'ipotesi del genere, volesse, dapprima, approfittare dei vantaggi connessi all'instaurazione del rapporto locatizio a livello di mero fatto e, poi, di quelli, ulteriori, derivanti dall'esercizio dell'azione di conformazione, abuserebbe manifestamente della posizione di vantaggio che l'ordinamento gli riconosce. Pertanto, il buon esito dell'azione viene subordinato alla dimostrazione, da parte del conduttore, dell'elemento della "pretesa" del locatore, onere tutt'altro che agevole da assolvere. Cfr. Trib. Reggio Calabria, 2 dicembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, p. 911; Trib. Varese, 18 giugno 2000, in *Arch. loc. e cond.*, 2000, p. 935; Trib. Catanzaro, 27 gennaio 2011, in *Corr. mer.*, pp. 477 e segg., con nota di RIZZUTI, cui sia consentito di rinviare per ulteriori riferimenti.

12 Cfr. BETTI, *Convalsenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, cit., p. 789; FRANZONI, op. cit., p. 184. Si possono, inoltre, vedere FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, e ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, sui vari utilizzi cui si presta la formula in discorso. Come è noto, essa ha conosciuto una notevole fortuna in ambito tedesco, a partire dal saggio di RIEZLER, *Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Recht*, Leipzig, 1912. Nella dottrina più recente cfr. SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, München, 1993, ed ivi ulteriori riferimenti. In particolare, un'importante applicazione di tale principio si riviene nell'istituto della *Verwirkung*, in forza del quale si può perdere un diritto, anche prima dello scadere del termine di prescrizione, qualora l'inattività del titolare abbia fatto sorgere nella controparte l'affidamento in una sorta di rinuncia tacita da parte sua (cfr. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971).

qualche forma di convalida<sup>13</sup>. Di recente, peraltro, su di essa si è concentrata anche l'attenzione di molti dei nostri giudici di merito, cosicché quello che poteva, al limite, apparire come un caso estremo<sup>14</sup>, sembra essere divenuto, negli ultimi anni, particolarmente ricorrente nella prassi. Con ogni probabilità, ciò si deve anche agli effetti della grande crisi finanziaria globale, iniziata nel 2008 e tuttora in atto. Da allora, infatti, sono fortemente aumentati i casi di andamento negativo dei prodotti finanziari, per cui la spinta a tentare, in ogni modo, di liberarsi dai relativi contratti è divenuta molto più sentita. Insomma, l'eventualità di gravi perdite, che prima era episodica e transitoria, in un contesto di andamento positivo dei mercati finanziari, si è adesso, per certi aspetti, generalizzata e consolidata<sup>15</sup>. D'altra parte, nella complessa e variegata normativa di protezione, posta da numerose fonti primarie e secondarie<sup>16</sup>, non è, probabilmente, così difficile rinvenire una qualche regola che possa dirsi violata, quasi in ogni contrattazione finanziaria. Di fronte ad azioni, a volte, palesemente opportunistiche, magari selettivamente concentrate solo su quelli fra gli investimenti che fossero andati male<sup>17</sup>, è naturale che le controparti

13 Cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 388-389, nonché PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, pp. 144-147 e 215-229.

14 Comunque, il rischio era stato già intuito da GIRINO, *Forma ad substantiam per i contratti Sim.*, in *Contratti*, 1997, p. 401. Un riferimento esplicito si può leggere anche in SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 237, nt. 4.

15 Si consideri, ad esempio, che una buona parte del contenzioso in esame è derivata dalla crisi dello Stato argentino nel 2001, evento che, all'epoca, sembrò del tutto eccezionale, mentre oggi la possibilità del fallimento di vari Stati, europei e non, sembra essere diventata all'ordine del giorno.

16 Cfr. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 647 e segg.

17 Cfr. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, pp. 21-32, il quale mette in evidenza quanto il fenomeno sia diffuso, sottolineandone le ricadute economiche negative. Infatti, richiamando gli studi di *Law and Economics* (cfr. CRASWELL, *Passing On the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationship*, in 43 *Stan. L. Rev.*, 1991, pp. 361 e segg.), egli osserva che l'intermediario finanziario si troverà a dover garantire in maniera illimitata il rischio di perdite dei clienti che pongano in essere questo genere di operazioni, per cui finirà per trasferire tale nuovo costo su tutte le sue controparti, con un generalizzato incremento del prezzo dei servizi offerti. Anche PERRONE, *Regole di comportamento e tutela degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, pp. 537 e segg., e ID., *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, a cura del medesimo Perrone, Milano, 2008, p. 33, propone di utilizzare la *exceptio doli generalis* per

abbiano sostenuto argomentazioni tendenti a far riconoscere un qualche effetto sanante alle condotte pregresse<sup>18</sup>. Sulla questione sono, così, emerse differenziate posizioni della giurisprudenza di merito, ed il punto di distinzione decisivo è apparso essere proprio quello dell'ammissibilità o meno di una sostanziale convalida del contratto nullo. Peraltro, trattandosi di un contenzioso piuttosto recente, almeno nella sua attuale dimensione, non vi è stato ancora modo di provocare, su tale fondamentale questione di diritto, un intervento dei giudici di legittimità, per cui il problema appare a tutt'oggi aperto<sup>19</sup>.

Una delle prime sentenze ad aver affrontato il tema da una prospettiva innovativa è stata quella emessa, nel 2009, dal Tribunale di Verona<sup>20</sup>. Di fronte ad una fattispecie concreta in cui l'atteggiamento dell'investitore deluso, fattosi attore in giudizio, appariva, per diversi aspetti, chiaramente abusivo<sup>21</sup>, i giudici hanno ritenuto di risolvere il problema, proponendo una peculiare

---

contrastare strategie di *cherry picking* abusivamente poste in essere dall'investitore.

18 Vi è anche chi ha tentato una strada diversa, sostenendo che l'accoglimento della domanda di nullità comporterebbe, comunque, un obbligo di restituzione, anche di quanto ricevuto dal soggetto protetto come frutto di quegli investimenti andati a buon fine, e non toccati nella domanda "selettiva". Così, il problema dell'eventuale sanatoria perderebbe molta della sua rilevanza. Cfr. DAMBROSIO, *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2012, pp. 520 e segg., nonché, in giurisprudenza, App. Torino, 20 gennaio 2012, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Un'impostazione del genere appare, però, piuttosto problematica dal punto di vista del principio della domanda e di quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato. Infatti, l'intermediario finanziario non è legittimato ad esperire, neanche in via riconvenzionale, l'azione di nullità relativa, per cui tale effetto restitutorio ulteriore, diverso da quello domandato dall'attore, dovrebbe derivare da una pronunzia officiosa, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale dominante sul punto (cfr. Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, p. 184).

19 Si potrebbe ora, invero, fare riferimento ad un passaggio di Cass., 23 marzo 2013, n. 7283, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che nega l'ammissibilità di una "ratifica tacita" nei contratti finanziari, avendo, però, riguardo ad un caso non di nullità formale, come quella ora in esame, ma di vera e propria inesistenza, per apocriefa delle sottoscrizioni.

20 Trib. Verona, 1 ottobre 2009, in *Assicurazioni*, 2010, pp. 581 e segg.

21 L'investitore aveva una lunga esperienza di operazioni finanziarie in ambiti piuttosto rischiosi, pur avendo una "scheda cliente" che indicava una bassa propensione al rischio. Nel caso specifico, aveva, per anni, incassato, senza alcuna obiezione, le cedole dell'investimento in questione, per una cifra complessiva piuttosto rilevante. Al momento dell'azione in giudizio, poi, aveva scelto di attaccare solo alcuni, selezionati, acquisti, fra i molti posti in essere in attuazione del medesimo contratto quadro viziato: naturalmente, solo quelli andati male. Non ci sembra, d'altra parte, possibile invocare, per giustificare quest'ultima scelta processuale, il carattere della necessaria parzialità, proprio di molte nullità protettive: infatti, è chiaro che la nullità formale di cui all'art. 23 TUF investe l'intero contratto e non una sua singola clausola. Del resto, i singoli acquisiti, realizzati in esecuzione del contratto quadro, sono qualcosa di radicalmente diverso dalle singole clausole che lo compongono.

ricostruzione interpretativa della nullità di protezione in discorso. Infatti, in considerazione della legittimazione relativa, che la caratterizza per espressa previsione di legge, essi vi hanno ravvisato, non un caso di nullità anomala, quanto piuttosto un caso di annullabilità speciale. In tal modo, superando la qualificazione legislativa dell'istituto, questo è stato ricondotto alla diversa categoria codicistica dell'annullamento, il che, evidentemente, apre le porte ad una pacifica ammissibilità della convalida. In particolare, nell'atteggiamento di chi ha sempre voluto conservare, a tutti gli effetti, i fruttuosi proventi dell'investimento, si è individuato un comportamento univoco, tale da poter essere qualificato come un caso di convalida tacita<sup>22</sup>. Il contratto viziato, quindi, essendo stato consapevolmente sanato, sarebbe divenuto ormai inattaccabile. La soluzione cui, in concreto, perviene la sentenza in esame ci sembra, dunque, indubbiamente ragionevole, ma non è detto che la necessaria riconduzione delle nuove nullità al paradigma codicistico dell'annullabilità sia il passaggio argomentativo più idoneo per giungervi. Certo, se un legislatore particolarmente atecnico avesse introdotto un'invalidità con tutti i caratteri dell'annullabilità, chiamandola, però, nullità, l'interprete sarebbe allora autorizzato a superare tale erronea qualificazione ed a trattarla come una annullabilità *tout court*. Non è, però, questo il nostro caso: come riconoscono anche i giudici veronesi, la nullità protettiva in questione non ha tutti i caratteri dell'annullabilità tradizionale, quanto meno perché la relativa azione è imprescrittibile<sup>23</sup>, e,

22 Si ritiene comunemente che possano integrare gli estremi della convalida tacita, non solo quei conegni di adempimento della prestazione, dovuta in forza del contratto invalido, posti in essere dal debitore, ma anche quelle ulteriori condotte di accettazione o ricezione della medesima prestazione, poste in essere dal soggetto creditore. Anch'esse, infatti, sono univocamente dirette a realizzare la situazione effettuale programmata nel contratto viziato e possono esprimere, quindi, la volontà di farne salva l'efficacia. Cfr. PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980, pp. 26 e segg., ed ivi ulteriori riferimenti. Tale interpretazione trae argomento anche dalla lettera dell'art. 1444 c.c., che, nell'indicare gli atti che possono valere come convalida tacita, ha sostituito la più ampia dizione "esecuzione del contratto" a quella, più restrittiva "esecuzione dell'obbligazione", che, sotto l'impero del Codice abrogato, aveva giustificato un approccio giurisprudenziale tendente a limitare l'ambito di applicazione dell'istituto in discorso solo agli atti di adempimento del debitore (cfr., *ex multis*, Cass. Torino, 11 marzo 1896, in *Giur. it.*, 1896, p. 333), orientamento, peraltro, già allora contrastato da autorevole dottrina (cfr. BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898, p. 338; CARNELUTTI, *In tema di esecuzione e ratifica del contratto annullabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1937, p. 197).

23 Secondo l'opinione espressa anche nella citata sentenza veronese. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, p. 157, sostiene che anche l'azione di nullità protettiva sarebbe prescrivibile, ma soggetta al termine ordinario decennale, anziché a quello quinquennale previsto per l'annullamento. Sembra, però, trattarsi di una posizione minoritaria.



probabilmente, anche per altre ragioni<sup>24</sup>. Infatti, essa non viene considerata come una semplice annullabilità, ma come una annullabilità “rafforzata”. A questo punto, però, sembra emergere che parlare di nullità speciale o di annullabilità speciale non può essere decisivo. Entrambe le locuzioni, infatti, implicano l'impossibilità di ricondurre veramente le ipotesi in discorso alle due categorie codicistiche dell'invalidità, poiché vari aspetti, più o meno importanti, della relativa disciplina sono stati significativamente derogati dalle nuove norme. Alla fine, diventa quasi indifferente, sul piano descrittivo, la scelta fra l'una o l'altra formulazione. Per quanto riguarda, poi, la soluzione del caso concreto, sembra arbitrario, in un contesto del genere, farla discendere, *sic et simpliciter*, dal richiamo alle norme codicistiche sulla convalida del contratto annullabile. Si potrebbe, infatti, con la stessa logica, escludere la convalida, con un richiamo all'interpretazione tradizionale delle norme sul contratto nullo, facendo leva su quei caratteri, che le nuove nullità hanno ancora in comune con quelle storiche, come, appunto, l'imprescrittibilità. La riconduzione, sul piano strutturale, delle nuove invalidità ad uno dei modelli codicistici sembra, dunque, divenire un'operazione ermeneutica, utilizzabile per qualunque finalità, che, in un certo senso, copre, più che spiegare, la motivazione sostanziale della decisione<sup>25</sup>. Pertanto, ogni risultato attinto in tal maniera rischia di divenire facilmente controvertibile. Bisognerebbe, invece, concentrarsi sull'aspetto centrale della questione, che è l'abuso posto in essere dal soggetto protetto, per giustificare, sulla base della necessità di sanzionarlo, l'ammissibilità di una convalida. Sarà, dunque, l'applicazione del principio generale del divieto di abuso del diritto a porsi come fondamento della sanatoria in discorso, e non tanto la discutibile riqualificazione della nullità speciale in termini di annullabilità. Del resto, si deve prendere atto che non esiste, o quantomeno non esiste più, nessuna ontologica incompatibilità fra nullità e sanatorie<sup>26</sup>, come la dottrina

24 I giudici veronesi parrebbero certi che, nella nullità in questione, sia escluso il carattere della rilevanza officiosa, ma il punto non ci sembra affatto pacifico: basti ricordare quanto è stato sostenuto, in giurisprudenza, con riguardo alle analoghe ipotesi di nullità relativa di cui al TUB da Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 600 e segg., con nota di GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*. Peraltro, la natura del vizio, cioè il difetto della forma scritta prescritta dalla legge, sembra certamente più agevole da ricondurre all'area della nullità che a quella della annullabilità, almeno alla luce della nostra tradizione.

25 Cfr. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità. Le aperture delle corti di merito*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 503, che, a proposito della sentenza veronese, parla di “*escamotage della convalida*”, finalizzato ad applicare “*sebbene implicitamente*” il divieto di venire contra *factum proprium*.

26 Nell'ambito delle nullità consumeristiche, è stata la stessa Corte di Giustizia ad elaborare un meccanismo di convalida, consentendo al consumatore di opporsi, almeno

più recente sta mettendo in evidenza con sempre maggior convinzione<sup>27</sup>. Non sembra, quindi, necessario impegnarsi, in ossequio ad uno schema superato, nella problematica, ed, a volte, forzata, riconduzione di tutte le nuove nullità nell'ambito della annullabilità tradizionale<sup>28</sup>. D'altra parte, alcuni segnali dello sviluppo di una tendenza interpretativa in questo senso possono probabilmente cogliersi nell'esame dei più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia.

Come si diceva, il contenzioso relativo all'eventuale sanatoria dei contratti di intermediazione finanziaria ha assunto proporzioni notevoli e la giurisprudenza di merito si è divisa, facendo emergere vari indirizzi. Naturalmente, non mancano sentenze che hanno ribadito il postulato della assoluta insanabilità del contratto nullo, negando, dunque, ogni rilevanza alla condotta contraddittoria, o comunque abusiva, dell'investitore attore. In queste decisioni, la questione viene, quindi, di solito, risolta, con poche righe della motivazione, che richiamano l'ostacolo insuperabile che sarebbe rappresentato dall'art. 1423 c.c., inteso sulla base degli schemi dogmatici tradizionali<sup>29</sup>. La tesi della convalida è stata, invece, ripresa da successive pronunzie del Tribunale di Verona, che hanno sostanzialmente ribadito gli approdi raggiunti dai medesimi

---

in sede processuale, al rilievo ufficioso delle invalidità in parola (cfr. CGCE, 4 giugno 2009, sulla causa C-243/08, caso *Pannon*, in *Contratti*, 2009, pp. 1115 e segg., con nota di MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*.). D'altra parte, meccanismi di sanatoria operano anche in ambiti del tutto diversi: basti pensare alle nullità confermabili degli atti traslativi che presentino violazioni formali della normativa edilizia ed urbanistica, (cfr. artt. 30 e 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il Testo Unico dell'Edilizia), oppure ai contratti di locazione, che sono nulli se non registrati, ma recuperabili per effetto della tardiva registrazione (cfr. art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, in combinato disposto con l'art. 3, commi 8 e 9, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23).

27 Cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit., passim*, nonché G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, i quali mettono in evidenza come lo stesso art. 1423 c.c. ammetta chiaramente che la legge può prevedere casi di sanatoria del contratto nullo, e precisano che non deve trattarsi necessariamente di una previsione testuale, ma che la regola potrebbe trarsi anche dalla complessiva interpretazione della ratio sottostante alla singola invalidità, letta nel contesto generale dell'ordinamento giuridico.

28 Cfr. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 483, il quale argomenta in favore di una sanatoria delle nullità relative del TUB, precisando, però, che non si tratterebbe di una convalida ex art. 1444 c.c., perché si resta, comunque, al di fuori della annullabilità.

29 Cfr. Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2334, con nota di BERTOLINI; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, pp. 139 e segg., con nota di SANGIOVANNI; Trib. Brescia, 13 giugno 2011, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Bologna, 27 marzo 2012, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Firenze, 31 maggio 2013, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).



giudici in precedenza, ma con motivazioni più ampie e ricche di echi dottrinari. Ci sembra, però, interessante osservare che, nelle argomentazioni delle decisioni più recenti, l'eventuale sussunzione dell'art. 23 TUF nel campo della annullabilità sembra perdere importanza, rispetto al richiamo alle posizioni dottrinali favorevoli alla sanatoria delle nullità protettive, cui si accennava poco sopra<sup>30</sup>. Un'ulteriore sentenza è giunta, poi, al medesimo esito pratico, attraverso un percorso argomentativo più originale<sup>31</sup>. La pronunzia, infatti, non esclude che in casi del genere sussista una vera e propria nullità, ancorché soggetta ad una disciplina speciale, conformata dalle particolari esigenze di tutela ad essa sottese. La condotta dell'attore, però, qualificata come opportunistica e maliziosa, viene considerata tale da paralizzare la possibilità di azionare la nullità stessa. In particolare, si richiama il dovere generale di correttezza e buona fede, che viene, altresì, ancorato a valori di rilievo costituzionale<sup>32</sup>, per arrivare alla conclusione che una siffatta azione di nullità costituisce un abuso del processo, e deve, quindi, trovare la sua sanzione in una pronunzia di inammissibilità.

Viene, dunque, in rilievo una particolare *species* della categoria dell'abuso del diritto, cioè l'ipotesi in cui l'esercizio abusivo si riferisca a diritti, poteri e facoltà che costituiscono strumenti processuali<sup>33</sup>. Come è noto, il problema dell'abuso del processo, negli ultimi anni, ha attratto sempre più l'interesse

30 Cfr. Trib. Verona, 23 marzo 2010, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 1276 e segg., con nota di PRISCO, e Trib. Verona, 28 giugno 2012, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). In quest'ultima pronunzia si rinviene anche un'interessante precisazione per quanto attiene alla conoscenza del motivo di invalidità, richiesta dall'art. 1444, comma 2, c.c. perché possa aversi la convalida. Infatti, i giudici veronesi chiariscono che tale conoscenza va riferita al fatto da cui dipende l'invalidità (qui il difetto della forma scritta, ben noto agli investitori), e non alla sua esatta disciplina giuridica.

31 Trib. Torino, 7 marzo 2011, disponibile in formato elettronico in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

32 Il riferimento è ai doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ed ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

33 In dottrina, la possibilità di far ricorso, in casistiche di questo genere, alla categoria dell'abuso del diritto, con particolare riferimento all'abuso di quel particolare diritto potestativo, che consiste nel potere di agire in giudizio, era stata già prospettata da SEMEGHINI, *op. cit.*, *passim*.

della giurisprudenza e della dottrina<sup>34</sup>, non solo nell'ambito privatistico<sup>35</sup>. Ciò è dipeso, soprattutto, da un'accresciuta sensibilità per quegli abusi processuali che, non di rado, comportano un allungamento intollerabile dei tempi della giustizia, o comunque un sovraccarico eccessivo della stessa<sup>36</sup>. Il fenomeno non riguarda solo il nostro ordinamento<sup>37</sup>, ma conosce in Italia una particolare

34 Già CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 28, faceva riferimento ad "eventuali abusi, quali possono essere i giudizi collusivi o fittizi, le azioni inconsiderate o vessatorie", ed, in effetti, il fenomeno è probabilmente antico quanto il processo stesso (cfr. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002). Però, come ricorda TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 435, in passato, il tema, benché oggetto di un'elaborazione sostanzialistica "di notevole rilievo", tendeva ad affiorare "di rado e con fatica nella giurisprudenza e nella dottrina processualistica". Ora, invece, come osserva DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto Privato*, 1997, p. 462, ci troviamo di fronte ad "un fenomeno di virtuale processualizzazione della nozione di abuso del diritto". Si vedano a tal proposito anche CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Digesto Civ.*, Torino, III, 2007, pp. 1 e segg.; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, pp. 318 e segg.; GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, disponibile in formato elettronico in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2012, pp. 117 e segg.; CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 874-894; CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all' "abuso sanzionabile del processo" e all' "abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1284 e segg.

35 In materia penale, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 10 gennaio 2012 (29 settembre 2011), n. 155, in *CED Cass. pen.*, 2011, secondo la quale: "*L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti*", e si veda, altresì, la trattazione monografica di CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004. In materia amministrativa, cfr. Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1, p. 164; Cons. St., 7 febbraio 2012, n. 656, in *Giur. it.*, 2012, p. 1429, con nota di VIPIANA; Cons. St., 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giur. it.*, 2012, p. 1918, nonché PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, *Annali*, II, I, Milano, 2008, 1 e segg.

36 Come evidenzia TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, in *Diritto Privato*, 1998, p. 496.

37 In America, la repressione dell'*abuse of civil proceedings* è stata oggetto di reiterati interventi legislativi e giurisprudenziali, anche a livello federale (cfr. JOSEPH, *Sanctions – The federal law of litigation abuse*, Charlottesville, 1994). A livello europeo, l'art. 35 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo del 1950 consente alla Corte di Strasburgo di dichiarare irricevibili i ricorsi che essa ritenga abusivi. In Francia, il NCPC contiene oggi norme

drammaticità, evidenziata anche dalle numerose condanne riportate dal nostro Paese, di fronte alla Corte Europea dei Diritti Umani, per l'irragionevole durata dei tempi processuali<sup>38</sup>. Si può ricordare che l'obiettivo del contrasto agli abusi processuali ha ispirato l'introduzione e le prime applicazioni del nuovo comma 3 dell'art. 96 c.p.c.<sup>39</sup>, ma il tema non può certo essere ridotto alla sola materia della regolamentazione delle spese di lite, come dimostra, ad esempio, la complessa problematica del processo simulato, in cui le parti inscenano una lite fittizia, per ottenere un certo provvedimento giudiziario, allo scopo di frodare determinati terzi, o di raggiungere, comunque, risultati ultronei rispetto ai fini istituzionali della tutela giurisdizionale<sup>40</sup>. Un filone di particolare importanza, nell'ambito della giurisprudenza sull'abuso del processo, è, poi, rappresentato dalle, ormai numerose, pronunzie dedicate al tema della frazionabilità del credito. Si è, infatti, recentemente affermato il principio per cui il creditore non può scindere la propria richiesta di adempimento in una pluralità di azioni giudiziali, in quanto ciò sarebbe vessatorio nei confronti del debitore, ed apparirebbe, comunque, in contrasto con i principi costituzionali del giusto processo, causando una ingiustificata moltiplicazione delle liti. La sanzione viene, dunque, individuata nella declaratoria di improponibilità delle domande,

---

dedicate specificamente all'abuso del diritto d'azione (art. 32-1, introdotto nel 1978), e a quello del diritto di proporre appello (art. 559) o del ricorso per cassazione (artt. 581 e 628). In Germania, il tema si è posto soprattutto con riferimento alle impugnazioni emulative o strumentali di delibere assembleari (*Missbrauch des Anfechtungsrechts*), profilo, peraltro, sviluppato anche in Italia da PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 423 e segg. Si vedano, per maggiori e più precisi riferimenti, DONDI, *op. cit.*, 471-479, e TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici, cit., passim*, che approfondisce anche le elaborazioni sul medesimo tema, che si registrano in Austria, Belgio, Olanda, Giappone e nei Paesi latinoamericani.

38 Sul nesso fra tali condanne ed i più recenti sviluppi, si veda GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale cd. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 2, pp. 434 e segg.

39 Il comma in discorso è stato introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. Si può vedere la rassegna di una ventina di provvedimenti emessi fra il 2010 e il 2011, che ne hanno fatto applicazione, in BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. mer.*, 2011, pp. 2704 ss.

40 Sia consentito il rinvio a RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449 e segg., per una disamina dei possibili mezzi di tutela esperibili. Qui si ricorderà soltanto che già SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 169 osservava che il rimedio generale per l'esercizio abusivo di qualunque diritto è quello dell'inefficacia, *rectius* del "rifiuto di tutela", che "implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti" con l'abuso stesso, mentre l'illiceità, e, quindi, il risarcimento del danno, rappresentano un rimedio "secondario e consequenziale", soltanto eventuale, anche se certamente esperibile in molti casi.

proposte in contrasto con tali statuizioni<sup>41</sup>.

Proprio a questa giurisprudenza ha fatto esplicito riferimento la pronunzia torinese adesso in esame. Infatti, è in forza dell'analogia con le azioni ritenute abusive da questo orientamento della Suprema Corte, che il giudice è pervenuto alla pronuncia di inammissibilità della domanda di nullità, proposta nel caso di specie<sup>42</sup>. La decisione, pur rappresentando una posizione molto innovativa, rispetto al panorama tradizionale italiano<sup>43</sup>, sembra avere incontrato un'accoglienza tendenzialmente positiva in dottrina. Si è, infatti, rilevato come essa risulti coerente con la nuova conformazione sistematica della materia delle nullità protettive, e come consenta di evitare soluzioni manifestamente inique<sup>44</sup>. Non sorprende, dunque, che, anche nella più recente giurisprudenza di merito, l'orientamento in esame appaia destinato a non rimanere isolato<sup>45</sup>. Del resto, in un ordinamento a noi vicino, come è quello tedesco, una soluzione del genere viene accolta da tempo, anche nella giurisprudenza di legittimità, che consente di opporre l'eccezione di *unzulässige Rechtsausübung* (esercizio

41 Cfr. Cass., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, p. 641; Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2766; Cass. lav., 3 dicembre 2008, n. 28719, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 711; Cass., 3 maggio 2010, n. 10634, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2478; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Il civilista*, 2012, 2, p. 15.

42 La decisione sembra rappresentare un tipico esempio di quel "rifiuto di tutela", indicato da SALV. ROMANO, *op. loc. ultt. citt.*, come la reazione più adeguata nei confronti dell'abuso del diritto.

43 Basti ricordare la posizione nettissima espressa da PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 70, per cui "la possibilità che un contratto nullo per mancanza di forma ottenga validità in nome di una protezione della buona fede che arrivi fino al punto di negare al disonesto l'azione di nullità pregiudicherebbe gravemente la sicurezza del traffico", e ribadita da MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9, secondo il quale "nell'ambito del principio di forma è rigorosamente esclusa dalla legge l'operatività del divieto di venire contra factum proprium e tale esclusione non può essere neutralizzata ricorrendo tautologicamente alla clausola di buona fede". Nella dottrina più recente, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 370 e segg., che esclude categoricamente la possibilità di ricorrere alla *exceptio doli generalis* per paralizzare le conseguenze della nullità contrattuale.

44 Si vedano C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 11-12, nonché POLIDORI, *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, vol. 16, 2012, pp. 53 e segg. Assume, invece, una posizione critica D'AURIA, *Forma ad substantiam e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, pp. 699 e segg., secondo il quale la necessità di rispettare il disposto legislativo costituirebbe un ostacolo difficilmente superabile per operazioni ermeneutiche tendenti a sanzionare eventuali abusi del contraente protetto.

45 Cfr. Trib. Como, 14 febbraio 2012, in *Contratti*, 2012, pp. 398-400.

abusivo del diritto) a chi voglia azionare la nullità formale di un contratto, dopo aver goduto per molto tempo dei vantaggi derivatigli dal contratto stesso<sup>46</sup>. Peraltro, sviluppi favorevoli a questo tipo di soluzione si sono avuti anche in ulteriori ordinamenti stranieri, sempre con riferimento a casi di nullità formale opportunisticamente eccepita dopo anni di esecuzione<sup>47</sup>: come si vede, si tratta di fattispecie concettualmente non dissimili da quelle adesso in esame. D'altra parte, anche nella dottrina italiana più risalente, non erano del tutto assenti posizioni favorevoli alla possibilità di una limitazione della legittimazione a far valere la nullità protettiva, proprio in forza del divieto di abuso del diritto<sup>48</sup>. Peraltro, se, per invalidare i negozi, si ricorre spesso a clausole generali, fondate sull'abuso della libertà contrattuale in danno di un contraente debole, allora non dovrebbe apparire particolarmente eversivo l'utilizzo di strumenti ermeneutici analoghi per contrastare le conseguenze della stessa nullità<sup>49</sup>. In definitiva, ci sembra opportuno evidenziare che consentire la paralisi dell'azione di nullità proposta dall'unico legittimato, in considerazione della condotta

46 Cfr. *BundesGerichtshof*, 14 giugno 1996, in NJW, 1996, p. 2504. Si vedano ulteriori riferimenti in FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 572 e segg., il quale evidenzia come si tratti di un orientamento che conosce ormai, in Germania, una storia pluridecennale.

47 Per la Francia, si veda *Cass. Comm.*, 6 marzo 1990, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, pp. 734 e segg., con osservazioni di MESTRE, che rappresentò, allora, una decisione innovativa rispetto agli schemi tradizionali della giurisprudenza d'oltralpe. Per l'Inghilterra, il riferimento principale è costituito da *Court of Appeal*, caso *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. (in Liquidation) vs. Texas Commerce International Bank Ltd.*, 1982, 1 QB 84, su cui cfr. COOKE, *The modern law of estoppel*, Oxford, 2000, pp. 51-52. Per ulteriori riferimenti, con riguardo anche all'ambito iberico e latinoamericano, oltre che a Germania, Inghilterra e Francia, cfr. ASTONE, *op. cit.*, pp. 79-156. In definitiva, la posizione italiana, che sino ad ora non conosceva la possibilità di sanzionare l'esercizio contraddittorio dell'azione di nullità, parrebbe essere piuttosto isolata a livello comparatistico, come segnalano anche ZIMMERMANN e WHITTAKER, *Good faith in European contracts law*, Cambridge, 2000, pp. 258 e segg.

48 Cfr. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità fra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, pp. 407 e segg., il quale ricorda che una posizione del genere era già stata sostenuta, con riguardo alla vecchia nullità relativa di cui all'abrogato art. 190 c.c., da CARROZZA, *Intangibilità della dote a favore della società coniugale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 881, riprendendo un'intuizione di CICU, nota a Cass., 21 luglio 1939, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 292. In sostanza, si era sostenuto che la moglie, qualora avesse volitivamente partecipato al negozio di alienazione di un bene dotale fatto dal defunto marito, avrebbe perso, così, la possibilità di domandarne la nullità, proprio in forza del divieto di venire contra factum proprium. Come si vede, il problema, *mutatis mutandis*, è lo stesso che si pone oggi, con riguardo alle moderne nullità relative in materia finanziaria.

49 Cfr. ASTONE, *op. cit.*, p. 233, e PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida*, *cit.*, pp. 224 e segg.



contraddittoria, o comunque abusiva, dello stesso, equivale ad ammettere una convalida del contratto nullo<sup>50</sup>, senza dover necessariamente passare per una riconduzione della nullità in questione alla annullabilità. In effetti, ci troviamo di fronte a qualcosa di simile alla *denegatio actionis* del diritto romano pretorio: un meccanismo processuale che ha contribuito a fondare le nuove categorie giuridiche sostanziali dell'invalidità negoziale<sup>51</sup>.

---

50 Contra, BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 501, la quale sembra sostenere che l'impiego del concetto di abuso del diritto per bloccare l'azione di nullità sia un qualcosa di alternativo rispetto alla convalida, reputata, invece, sempre inammissibile. Anche SEMEGHINI, *op. cit.*, pp. 131-136, parrebbe voler costruire un meccanismo in cui il ricorso alla *exceptio doli generalis* non incide sulla nullità del contratto, ma la priva di effetti, cioè delle sue conseguenze pratiche. Non si vede, però, dove starebbe la differenza concreta fra una convalida tacita ed una siffatta applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*. Sembrerebbe quasi che la distinzione derivi solo dalla necessità di rendere omaggio al postulato dell'insanabilità del negozio nullo, anche quando, di fatto, lo si supera. Infatti, con riferimento a forme più tradizionali di invalidità, ASTONE, *op. cit.*, p. 249, propone una distinzione basata sull'eventualità che terzi interessati potrebbero far valere la nullità anche quando chi ha tenuto il comportamento contraddittorio non possa più farlo. Naturalmente, però, se si tratta di una nullità relativa, come nel nostro caso, e l'unico legittimato coincide con l'autore della condotta abusiva, la distinzione inevitabilmente si perde.

51 Cfr. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, pp. 50 e segg., ed ivi ulteriori riferimenti.

## APPUNTI SULLA RELAZIONE TRA CONTRATTO DI ASSICURAZIONE E ALCUNI PRODOTTI FINANZIARI DERIVATI

Luigi Giacomo Vigoriti\*

### I. Premessa

Il rapporto tra contratto di assicurazione e alcuni paradigmi contrattuali riconducibili all'alveo dei contratti derivati (più attinente al dettato normativo è parlare di strumenti finanziari derivati; d'ora innanzi, semplicemente, derivati<sup>1</sup>) è sempre stato discusso.

In questa sede ci pare necessario volgere l'attenzione a due delle tante tipologie di contratti che compongono il folto gruppo di accordi previsto all'art. 1, comma II, lettere *d - j* del d. lgs. n. 58 del 24/2/1998 (c.d. testo unico della finanza, tuf). Segnatamente è possibile restringere il campo di ricerca a due schemi contrattuali particolarmente rilevanti nell'ambito della finanza derivata: i *credit default swap* (*cds*) e gli *interest rate swap* (*irs*).

Anticipiamo che la scelta di analizzare i primi è giustificata dalla loro particolare somiglianza strutturale con l'assicurazione, mentre per i secondi, la comparazione è motivata non tanto da un'assimilabilità tra le due figure, quanto dal fatto che la grande diffusione che gli *irs* hanno avuto nel nostro ordinamento ha portato a una lunga serie di decisioni che accostano questi strumenti finanziari agli strumenti di protezione dei rischi già conosciuti nel nostro ordinamento, e quindi, ai prodotti assicurativi.

### II. I *credit default swaps* (*cds*)

I *cds* sono contratti, ascrivibili ai c.d. derivati di credito, che appaiono solo in una fase successiva rispetto agli altri derivati e rappresentano "l'ultima grande generazione di derivati finanziari"<sup>2</sup>; i *cds* iniziano a essere stipulati nei mercati finanziari, prima sporadicamente alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, poi affermandosi pienamente qualche anno dopo.

Il *cds* è "un contratto in forza del quale una parte, contro una somma

---

\* Università degli Studi di Firenze.

1 Sui derivati, oltre ai contributi richiamati nelle altre note, E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010; D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino, 2010, 353 ss.; A. PERRONE, *I contratti derivati "over the counter"*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI, II, Bologna, 2012, 281 ss.

2 F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, 423.



ricevuta dall'altra parte, assume l'obbligo di effettuare una prestazione patrimoniale a favore di quest'ultima al verificarsi di un evento futuro e incerto legato all'inadempimento degli obblighi o all'aumento delle probabilità di inadempimento di un soggetto determinato nel contratto"<sup>3</sup>.

La parte che è tenuta alla prestazione incerta - sia sotto il profilo della sua esistenza sia sotto quello della esatta portata - è detta *protection seller*; la parte che versa un corrispettivo alla ricerca di copertura in caso di inadempimento del debitore dell'obbligazione cui il *cds* si rifà, è detta *protection buyer*.

Lo schema appena richiamato costituisce una versione elementare dei *cds*. Può infatti accadere che il *protection buyer* non sia titolare di alcun credito ma cerchi esclusivamente di guadagnare sul possibile inadempimento di un debitore verso un creditore di un rapporto obbligatorio cui egli è estraneo. Avremo allora un c.d. *naked credit default swap* (*naked cds*).

Il debitore dell'obbligazione cui sono legate le vicende del *cds* è chiamato ente di riferimento. L'evento può essere dei più vari, inerenti sia al patrimonio del debitore, sia al credito stesso (dichiarazione d'insolvenza, liquidazione della società, inadempimento parziale e via così)<sup>4</sup>.

Profilo fondamentale - che ben fa comprendere perché questi accordi siano considerati assai pericolosi per la stabilità dei mercati finanziari - è costituito dal fatto che non è necessaria una correlazione tra l'ammontare del debito che costituisce il sottostante (vale a dire l'elemento che le parti scelgono quale fattore da cui far derivare il valore e finanche l'esistenza di una prestazione) e l'ammontare del *cds* stesso, per cui il *protection buyer* può stipulare più contratti, ciascuno perfettamente valido, anche per degli ammontare complessivamente superiori al credito originario.

Pare necessario rilevare che il contratto in parola è legato alle vicende di un rapporto obbligatorio e ciò potrebbe far pensare di trovarsi di fronte a una figura affine alla cessione del credito, ma la differenza con questo istituto è marcata: non vi è una successione dal lato attivo del rapporto obbligatorio.

L'accostamento non è forse del tutto infondato sotto il profilo prettamente economico, poiché in entrambe le figure abbiamo un mutamento del soggetto che si espone al rischio inadempimento: il creditore cedente (nella cessione *pro soluto* e se logicamente la cessione è a titolo oneroso) o il *protection buyer* (nel *cds*) comunque otterranno il soddisfacimento del credito; tuttavia, come facilmente intuibile "fra una vendita "virtuale" e una "vendita reale" c'è una

3 L. RUGGERI, *I credit derivatives*, Roma, 2009, 228; v. anche M. GRAZIA, *I contratti derivati tra atipicità ed autoregolamentazione, alcune considerazioni sui limiti dell'autonomia contrattuale nei credit derivatives*, in *Diritto e Formazione*, 2005, 1327 ss.

4 CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 424 ss.

notevole differenza”<sup>5</sup>.

Non è questa la sede per analizzare i risvolti, sia positivi che negativi, che i *cds* hanno avuto per il mercato finanziario; non possiamo però astenerci dal dar conto delle tante voci che indicano la mancata regolamentazione del mercato dei derivati *Over The Counter* (dove sono scambiati anche i *cds*), come una delle maggiori ragioni dell’attuale crisi e della diffusione incontrollata di questi prodotti<sup>6</sup>. Proprio il fatto che i *cds* debbano avere solo un riferimento prettamente nominale al debito originario, permette una moltiplicazione della “protezione”, moltiplicazione che, nel caso di *naked cds*, si traduce in una possibilità pressoché infinita di operazioni prive di “reale” correlazione con il debito sottostante.

In questo senso, si è recentemente osservato come, mentre questi contratti erano limitati a una ristretta cerchia di operatori del mercato, dopo il 2008 essi “sono un nome familiare a tutti, sinonimo di speculazione incontrollata, avidità sfrenata e in un’ultima analisi instabilità di sistema”<sup>7</sup>.

L’azione combinata del principio di scissione tra titolarità del credito, negoziabilità della sua protezione e ripetizione potenzialmente infinita

5 E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi market failure o regulation failure?*, in *BBTC*, I, 2009, 658. In dottrina si è poi prospettato un accostamento tra c.vo e fideiussione: in entrambi i casi, il creditore conserva la sua qualifica e aumenta le possibilità di soddisfacimento del proprio credito moltiplicando il numero dei debitori. Il paragone non può che rimanere sul piano economico. Infatti, le parti dei *naked cds* sono estranee al rapporto obbligatorio di riferimento, mentre l’art. 1936 c.c. prevede che il fideiussore si accordi direttamente con il creditore. Ma anche in quei casi in cui il *protection buyer* è il creditore del rapporto obbligatorio di riferimento, vi sono altre differenze che non permettono sovrapposizioni: nel c.vo non c’è una relazione “giuridica” col sottostante, il che significa che, mentre il debitore può ottenere fideiussioni solo pari al suo credito originario, il *protection buyer* può, verso corrispettivo, moltiplicare infinitamente la protezione della sua posizione. BARCELLONA, *op. cit.*, 659 ss. Inoltre, la fideiussione ha carattere accessorio rispetto alla obbligazione principale mentre le obbligazioni nascenti dal *cds* hanno totale indipendenza dal debito originario. Ciò implica che non trovano applicazione tutte le regole del codice che derivano dalla connessione tra l’obbligazione del fideiussore e quella garantita; tra le varie, le più importanti sembrano essere: opponibilità del fideiussore delle medesime eccezioni che potrebbe sollevare il debitore (art. 1945 c.c.) e nessuna possibilità di surrogazione da parte del *protection seller* come invece nella fideiussione (art. 1949 c.c.), CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 416 ss.

6 Si tratta di un “fatto notorio”, qui basti indicare l’articolo di G. ROSSI, *Il grande assente al casinò della finanza*, sul *Sole24ore* del 12/5/2012 e l’inchiesta di P. BIONDANI e L. PIANA, *Tangentopoli tossica*, del 4/4/2013 su *L’Espresso*, 31 ss.; D. MONTI, *La crisi finanziaria ed il ruolo degli strumenti finanziari derivati*, in G. MUSSARI, D. MONTI, A. MICOLI, *Gli strumenti della crisi: i derivati finanziari*, Matelica (Mc), 2011, 35 ss.; N. DUNBAR, *Quei diavoli dei derivati*, Milano, 2011.

7 L. ZINGALES, *CDS sotto accusa*, 30/7/2010, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

dell'operazione può portare a mutamenti che obbediscono a logiche diverse rispetto a quelle "classiche" poiché possono comportare enormi spostamenti di ricchezza sulla base di un evento difficilmente controllabile, quale l'adempimento di obbligazioni da parte del debitore<sup>8</sup>.

Una volta tratteggiate, pur se a grandi linee, la struttura dei *cds* e le problematiche inerenti alla loro diffusione, è necessario chiedersi se è possibile accostare questi accordi all'assicurazione.

In prima battuta, è innegabile la similitudine tra le due figure. Segnatamente, il *protection seller* si assume l'obbligo di tenere indenne il *protection buyer* dietro il pagamento di un prezzo, così come l'assicuratore, contro la corresponsione del premio, si obbliga a tenere indenne l'assicurato.

Tuttavia, a una più attenta riflessione, si può rilevare come nel contratto di assicurazione una parte è necessariamente "qualificata" nel senso che questo accordo deve essere obbligatoriamente stipulato con una compagnia di assicurazioni, che - sotto il profilo organizzativo - attraverso la ripetizione seriale di molti contratti, ottiene la neutralizzazione del rischio. Per superare questa eccezione si può accostare gli intermediari finanziari alle compagnie assicurative. Anche gli intermediari, infatti, possono stipulare *swap* di segno opposto di modo di annullare il rischio cui sono esposti<sup>9</sup>.

Se *prima facie* un accostamento tra compagnie assicurative e intermediari è possibile, dal punto di vista economico, vi è una differenza sostanziale che sembra decisiva: mentre nell'assicurazione l'assicurato paga il premio per essere tenuto indenne, nei *cds*, il cliente può essere la parte che offre "protezione"<sup>10</sup>. In altre parole: non è detto che il *protection seller* sia l'intermediario ma ben può essere il cliente/investitore.

Venendo poi all'analisi della struttura dei diversi accordi, autorevole dottrina segnala come, mentre nel collocamento di prodotti finanziari derivati è praticamente costante la presenza di una provvigione fissa da corrispondere all'intermediario, tale provvigione non sarebbe presente nell'assicurazione<sup>11</sup>.

L'argomento non pare decisivo poiché la somma da corrispondere quale commissione non è elemento necessario e peculiare alle strutture contrattuali

8 Sul punto, E. BARCELLONA, *op. cit.*, 661; un esempio recente: tra i tanti timori riguardanti la possibilità di *default* della Grecia, uno era proprio legato alla presenza sui mercati finanziari di numerosi *cds* sottoposti a tale evento.

9 Sul punto in modo ampio, con riferimento a tutte le tipologie di *swap* B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 974 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2012, 1327; S. GILOTTA, *In tema di Interest Rate Swap*, in *Giur. comm.*, 2007, 140.

10 GAZZONI, *op. cit.*, 1328.

11 *Ibidem*.

dei *cds* e dell'assicurazione, anche se non si può negare che, di fatto, spesso gli intermediari prevedono corrispettivi a loro favore per la vendita di questi prodotti.

Né pare condivisibile la tesi di chi pone la differenza tra assicurazione e *cds* nel fatto che con la prima l'assicuratore si assume il rischio che il danno si produca come conseguenza di un sinistro, mentre nei *cds* si vuole trasferire solo l'incidenza negativa di un evento, ma non necessariamente quelle di un sinistro<sup>12</sup>. In entrambi i casi, infatti, l'accadimento si traduce in un documento patrimoniale per l'assicurato oppure per il *protection buyer*, documento nei confronti del quale questi cerca ristoro attraverso la previsione di un risarcimento.

Nessuna delle osservazioni sinora svolte appare decisiva e si potrebbe essere portati a ritenere che lo schema dei *cds* e dell'assicurazione collimino, con conseguenze importanti dal punto di vista della disciplina applicabile<sup>13</sup>.

Vi sono tuttavia altre differenze tra i due istituti che la dottrina esalta e che hanno maggiore incidenza: su tutto, ci pare, si ponga la possibilità, ammessa nei *cds* e invece preclusa nell'assicurazione, di stipulare il contratto senza essere parte del rapporto obbligatorio rispetto al quale si sta "cercando protezione".

Di fronte a un *naked cds* è difficile poter evocare una similitudine con l'assicurazione perché, mentre in quest'ultima è necessariamente presente un'alea a cui l'assicurato deve essere esposto - e in caso contrario il contratto di assicurazione è nullo *ex art. 1895 c.c.* - nei derivati creditizi "scoperti" le parti possono essere totalmente estranee all'obbligazione di riferimento<sup>14</sup>.

Il rilievo appena effettuato ci pare decisivo e permette, sotto il profilo strutturale, di circoscrivere un accostamento tra i due accordi in parola, essenzialmente in un caso: quando il *cds* è stipulato da un *protection buyer* a sua volta anche creditore del rapporto creditizio di riferimento e solo nella misura in cui il *cds* non superi il valore del debito.

Se astrattamente la fattispecie appena ricordata tradisce un'identità di struttura tra i due istituti, è però anche necessario rilevare che la stipulazione di *cds* esclude quella articolata serie di obblighi di informazione per la individuazione del rischio che è invece profilo fondamentale nell'assicurazione.

In generale, la sovrapposizione tra i due negozi appare solo limitata e, per la maggior parte dei *cds* che circolano nei mercati finanziari, l'accostamento è limitato solo al piano economico e descrittivo.

12 E.M. MASTROPAOLO, voce *Strumenti finanziari derivati*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2008, 919.

13 RUGGERI, *op. cit.*, 113 ss.

14 BARCELLONA, *op. cit.*, 660 osserva che, come ulteriore differenza, il derivato di credito può anche essere contenuto in una *security*.

### III. Gli *interest rate swap* (irs)

Nella premessa abbiamo accennato a un secondo possibile confronto: quello tra assicurazione e *irs*.

In forza di questi ultimi contratti, “una delle parti si obbliga a corrispondere una somma calcolata a tasso fisso su un determinato ammontare, il nozionale, mentre l'altra parte si obbliga a corrispondere una somma quantificata, sul medesimo nozionale, ma sulla base di un tasso variabile”<sup>15</sup>; il “nozionale” non è una somma oggetto di scambio, ma il riferimento di calcolo utilizzato per determinare il valore delle prestazioni<sup>16</sup>. Nella pratica, le somme oggetto di scambio sono chiamate “flussi di cassa”.

Lo schema conosce moltissime variabili, come ad esempio, il *floating to floating irs*, che permette scambi di somme entrambe calcolate su tassi variabili (diversi), oppure il *fixed to fixed irs* in base al quale le parti, a date diverse, si scambiano somme quantificate su tassi di interesse fissi<sup>17</sup>.

I profili plasmabili dalle parti possono anche essere la tempistica di corresponsione dei pagamenti: i contratti che prevedono per un contraente esborsi in un'unica occasione sono detti *zero coupon irs*; se invece lo scambio di somme è basato su più pagamenti avremo un *double zero coupon irs*<sup>18</sup>.

Solitamente gli *swap* in parola prevedono pagamenti incrociati alle medesime scadenze; in questi casi sono molto diffuse le clausole di compensazione che permettono la corresponsione delle sole differenze di valore tra le due prestazioni.

Le “variazioni sul tema” non riguardano solo le modalità di pagamento o il momento dell'adempimento e l'incrocio di somme di denaro può essere modellato su pressoché ogni entità patrimonializzabile (sia reale che finanziaria), per cui negli anni - esempi elencati senza un preciso ordine - si è assistito alla nascita di *swap* su valuta (*currency swap*, *cs*), su valuta e tassi di interesse (*interest and currency swap*, *ircs*)<sup>19</sup>, su azioni (*equity swap*) e su molti altri elementi.

15 CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 32 ss.; GILOTTA, *op. cit.*, 135; R. AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *BBTC*, 1997, II, 114 ss.; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una <<definizione>>*, in *BBTC*, 2012, II, 552.

16 In dottrina si è parlato di “funzione meramente contabile”, così G. CATALANO, “*Swaps*”: pregiudizi inglesi e (prospettive di) disciplina italiana, in *Foro it.*, 1992, IV, 312.

17 L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, 234, nota 102; G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, 37.

18 GILOTTA, *op. cit.*, 135, nota 3; CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 53 ss.

19 La peculiarità degli *ircs* è data dal fatto che le parti possono scambiarsi all'inizio e alla fine del contratto il capitale nella valuta in cui hanno interesse di percepire gli interessi;



Cambia il nome ma non la struttura di riferimento che - come facile constatare - è estremamente elastica e modellabile<sup>20</sup>. Ed è proprio questa la forza dei contratti appena descritti: essi constano di un impianto relativamente semplice, costituito da formule matematiche capaci di rispecchiare situazioni economiche identiche negli effetti (maturazione degli interessi, mutamento di valore del capitale, delle merci e così via) a quelle in cui si trova il titolare della situazione sottostante<sup>21</sup>, cioè della situazione cui il derivato fa riferimento.

La struttura degli *irs* e degli altri contratti *swap* che si fondano su di un incrocio di pagamenti, pur se compensati in fase di esecuzione, è radicalmente diversa da quella del contratto di assicurazione: negli *swap* assistiamo a uno scambio di flussi di cassa, che è generalmente periodico, che sul piano fattuale, giusta la clausola di compensazione, si traduce nella *datio* di differenze tra due prestazioni.

L'alea che permea l'*irs* è bilaterale - ovviamente *ex ante* -, mentre nell'assicurazione la prestazione incerta nella esistenza e nel valore è una sola e pende su di una parte predeterminata.

Se dal punto di vista strutturale quindi l'accostamento è difficoltoso, la questione muta, e si complica in modo significativo, se si volge l'attenzione alle finalità per cui *irs* e assicurazione sono stipulati.

#### **IV. Sulle finalità astrattamente perseguite dalle parti nella stipulazione di derivati e sulla giurisprudenza sui derivati speculativi**

Gli economisti indicano, quale comun denominatore a tutti i derivati, l'impiego di questi accordi per ottenere copertura da un rischio oppure per speculare su di un determinato evento.

Essi indicano tre scopi che le parti possono prefiggersi<sup>22</sup>:

sugli *ircs*, diffusamente, CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 48 ss.

20 Così CAPUTO NASSETTI, *op. cit.*, 32: “[t]rattasi in tutti i casi di contratti basati sulla stessa struttura giuridica che si manifesta con caratteristiche finanziarie diverse”.

21 L'essere composto solo da formule matematiche ha portato autorevole dottrina a sostenere che “un vero oggetto del contratto nel senso tradizionale del termine non c'è”, così P. FERRO LUZZI, Introduzione, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 14.

22 Sul punto, GILOTTA, *op. cit.*, 136; E. PAGNONI, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da E. GABRIELLI e R. LENER, Torino, 2004, 1079. Si noti poi che questa differenziazione è impiegata anche in altri ordinamenti, v. per l'ordinamento francese A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, 2010, 129 ss.; per il mercato nord americano, L. A. STOUT, *Regulate OTC Derivatives by Deregulating Them*, in *Regulation*, 2009, 30 ss.; dello stesso A., *Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis*, in *Harvard Business Law Review*, 2011, 5 ss.

i) *hedging* (o copertura): la volontà di proteggersi da pericoli cui un soggetto è esposto<sup>23</sup>; ii) speculazione (o *trading*): l'intento di guadagnare sulla potenziale evoluzione del valore del sottostante<sup>24</sup>; iii) arbitraggio: anch'esso ha un fine speculativo, ma l'investitore "sfrutta un momentaneo disallineamento tra l'andamento del prezzo del derivato e quello sottostante [...], vendendo lo strumento sopravvalutato e acquistando quello sottovalutato"<sup>25</sup>. Considerato che vi è comunque la volontà di lucrare sulla differenza di prezzi del medesimo bene in luoghi diversi, l'arbitraggio può essere ricondotto alla finalità della speculazione.

Le tre finalità sopra brevemente descritte fanno facilmente comprendere perché, nel dire comune, tutti i derivati siano considerati strumenti per la gestione del rischio<sup>26</sup>.

Nell'ambito del collocamento di derivati presso la clientela italiana da parte degli intermediari (banche) sono nati numerosi contenziosi nella maggior parte dei quali gli investitori si dolevano di aver sottoscritto derivati inadeguati alle loro situazioni (principalmente: i clienti non avevano la preparazione e conoscenza dei prodotti e dei mercati, le operazioni erano inidonee anche in relazione ai patrimoni dei singoli investitori, si trattava di operazioni lontane dagli intenti delle parti).

L'analisi della giurisprudenza fa emergere due principali problematiche: una inerente al profilo soggettivo (*chi* ha stipulato *irs* e altri derivati), l'altra a quello oggettivo (*cosa* hanno stipulato e *perché*).

Il primo aspetto è a sua volta suddiviso in base alla natura del cliente: i) "pubblico" e quindi la sottoscrizione di derivati da parte di enti locali con conseguente divieto a farlo (d.l. n. 112 del 25/6/2008, convertito dalla l. n. 133 del 6/8/2008, che - come noto - preclude agli enti locali la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati, a meno che essi non perseguano finalità di copertura)<sup>27</sup>, e ii) "privato", ovvero - principalmente - il collocamento di *swap*

23 E. GERETTO, *Gli strumenti derivati: utilizzi per gli investitori e le imprese*, Torino, 2008, 12 ss.

24 GERETTO, *op. cit.*, 14 s.

25 Sulle tre finalità, v. anche C. OLDANI, *I derivati finanziari*, Milano, 2004, 18 ss.

26 BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una <<definizione>>*, cit., 567 indica, tra i tratti tipologici essenziali degli strumenti finanziari derivati di una "monetizzazione di un rischio sulle basi [...] di una valutazione razionale".

27 Alla sottoscrizione di un derivato da parte di un ente pubblico, deve essere allegata l'attestazione scritta del soggetto competente "di aver preso conoscenza dei rischi e delle caratteristiche dei medesimi". Come ha rilevato autorevole dottrina: "non è malizia ritenere che non sarà facile trovare il funzionario pubblico entusiasta all'idea di sottoscrivere una dichiarazione siffatta", così DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 106.



presso clienti autodichiaratisi “operatori qualificati” ma in realtà inesperti<sup>28</sup>.

Si tratta di argomenti amplissimi, anche perché è in questo contesto che si misura la portata applicativa degli obblighi pendenti sugli intermediari nel collocamento di prodotti finanziari<sup>29</sup> e lo studio delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi ha dato un fondamentale apporto al dibattito tra regole di validità e regole di condotta, dibattito che in questa sede può essere solo ricordato.

Ai fini del presente lavoro, e quindi al fine di operare una comparazione tra *irs* - ma considerato che si tratta di finalità condivise tra tutti i derivati, il rilievo ha portata più ampia - e assicurazione, è opportuno volgere l'attenzione al profilo oggettivo e, circoscrivendo ancor di più il campo, a quel contenzioso intrapreso dai clienti con rito ordinario o, molto più spesso, con la richiesta di un provvedimento cautelare di sospensione degli addebiti da parte della banca<sup>30</sup>, nell'ambito del quale gli attori/ricorrenti argomentano che gli strumenti presentati come di copertura avevano in realtà assetti speculativi.

28 Sull'operatore qualificato, *ex multis*, F. AUTELIANO, *Il contratto di investimento dell'operatore qualificato*, in *Contratti*, 2009, 874 ss.; F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. merito*, 2008, 129 ss.; M. CAMPOBASSO, *Classificazione dell'investitore come “cliente professionale” e imputazione di conoscenza*, in *BBTC*, 2012, II, 819 ss.; V. CHIONNA, *L'accertamento della natura di “operatore qualificato” del mercato finanziario rispetto ad una società*, in *BBTC*, 2005, II, 36 ss.; G. FACCI, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009, 50 ss.; B. INZITARI, *Strumentalità e malizia nella predisposizione e raccolta della dichiarazione di operatore qualificato*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); G. LA ROCCA, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Padova, 2011, *passim*, spec. 41 ss.; S. MEUCCI, *“Operatore qualificato” nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva MiFID*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 341 ss.; L. PICARDI, *La negoziazione di strumenti finanziari derivati fra codice civile e legislazione speciale*, in *BBTC*, 2006, II, 363 ss.; V. SANGIOVANNI, *Dichiarazione di operatore qualificato, onere della prova e gerarchia delle fonti*, in *Le Società*, 2013, 420 ss.; G. SALATINO, *Contratti di swap. Dall'“operatore qualificato” al “cliente professionale”: il tramonto delle dichiarazioni “autoreferenziali”*, in *BBTC*, 2009, I, 201 ss.; F. SARTORI, *Gli Swap, i clienti corporate e la nozione di operatore qualificato*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

29 Parlano di “terreno fertile per sperimentare l'applicazione del complesso sistema delle regole di condotta”, R. LENER - P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *BBTC*, 2012, II, 393.

30 Sulla tutela cautelare e *swap* si vedano R. BENCINI, *INTEREST RATE SWAP e tutela cautelare*, in *I contratti <<derivati>>*, a cura di U. MORERA - R. BENCINI, Bologna, 2012, 95 ss.; V. SANGIOVANNI, *Altri profili del contenzioso in materia di derivati*, in *I contratti derivati, Il corriere del merito*, le Rassegne, 1, 2012, 40.

## V. Segue. Alcuni dei rimedi indicati dalla giurisprudenza

A fronte di tali doglianze, la giurisprudenza offre soluzioni diversificate: si evoca la nullità dei contratti per mancanza di causa “concreta” (Bari, 15/7/2010<sup>31</sup>; Monza, 17/7/2012<sup>32</sup>), si accoglie un’istanza sospensiva per “inidoneità” dello strumento a fornire copertura (Civitavecchia, 8/6/2011<sup>33</sup>), oppure perché è venuta meno o non si è mai sostanziata la posizione che si voleva tutelare (Salerno, 21/6/2011<sup>34</sup>; Lucera 26/7/2012<sup>35</sup>); oppure ancora, si concede il provvedimento di sospensione degli effetti del contratto perché non era venuto ad esistenza il prestito di riferimento ma, con l’occasione, il giudice osserva come “i contratti derivati, stante il loro carattere di atipicità, possono essere accettati dall’ordinamento solo se sono meritevoli di tutela, e nella specie di I.R.S. solo il fatto che essi perseguano un obiettivo di riduzione dei rischi fa affermare la loro meritevolezza di tutela ed impedisce di ritenerli privi di causa” (Lucera, 26/4/2012<sup>36</sup>).

L’inidoneità del prodotto a svolgere la funzione promessa costituisce la doglianza sollevata da parte degli investitori agli intermediari, e come poc’anzi scritto è spesso tradotta in giudizio come mancanza di causa “concreta” del contratto *irs*. Da qui la nullità del negozio. Scrive il Tribunale di Bari: “la violazione delle regole di comportamento [...] si è tradotta in una deviazione della causa rispondente alla suddetta tipicità sociale, in quanto lo schema causale è stato adoperato dalla banca per finalità non ad esso coerenti”. Riscontrata quindi l’assenza “di copertura del rischio sottostante” il giudice ha stabilito che, nel caso di specie, non era stata raggiunta la funzione dell’*irs*

31 Tribunale di Bari, 15/7/2010, in *Contratti*, 2011, 244 ss. con commento di G. OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale o per mancanza di causa*, 250 ss. e di A. PISAPIA, *Rinegoziazione del contratto e nullità per mancanza di causa*, 260 ss.; la decisione è anche analizzata da D. MAFFEIS, *Le stagioni dell’orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *BBTC*, 2012, I, 280; F. ROCCHIO, *Contratti (in strumenti finanziari) derivati e causa*, in *BBTC*, 2013, I, 113 che osserva che non si tratterebbe nel caso di specie di una mancanza di causa ma di una riqualificazione del contratto in forza del quale la banca era certa di recuperare le somme corrisposte in sede di (ri)negoziazione al cliente; v. anche A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *BBTC*, 2013, I, 89; Tribunale di Monza, sentenza n. 2028 del 17/7/2012 in *NGCC*, I, 2013, 139 ss. con nota di D. TOMMASINI, *Interest rate swap con funzione di copertura e causa del contratto*, 142 ss.

32 In *www.ilcaso.it*.

33 Trib. Civitavecchia 6/6/2011, in *NGCC*, 2012, I, 133 ss.

34 In *www.ilcaso.it*, analizzata da TUCCI, *op. cit.*, 80.

35 In *www.ilcaso.it* analizzate da ROCCHIO, *op. cit.*, 107 s.

36 In *www.ilcaso.it* analizzate da ROCCHIO, *op. loc. ult. cit.*

stipulato dalle parti.

Se lo scopo pratico dell'accordo è "la sintesi [...] degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato"<sup>37</sup> e si accerta l'"inutilizzabilità" del contratto, non si può che dichiarare la nullità dello stesso.

Come primo rilievo si potrebbe eccepire che l'interprete che si pone di fronte allo strumento finanziario/contratto *swap* non è in grado di dare risalto alle ragioni per cui esso è stato stipulato e questo sulla base del dogma della irrilevanza dei motivi. Infatti, "[a]ccordare a queste rappresentazioni un indiscriminato rilievo giuridico, chiedendo agli interpreti di enuclearle tutte e di valutarle specificamente, costituirebbe una soluzione impraticabile prima che irragionevole"<sup>38</sup>.

Si deve però anche rilevare che il principio appena sopra richiamato è stemperato grazie a un'idea di causa, intesa come funzione economico-individuale, capace di dare rilevanza alle specificità che connotano il singolo contratto<sup>39</sup>. Si tratta di un'idea che si sta affermando in modo crescente anche nella giurisprudenza di cassazione<sup>40</sup>.

Una critica all'utilizzo della causa concreta riguardo gli *irs* è stata mossa sulla base del fatto che questi contratti sono astrattamente polifunzionali. Ciò precluderebbe una verifica sull'impiego materiale del contratto, dato che è pressoché impossibile sia in astratto che in concreto (nel senso che le finalità possono essere mischiate e non riconoscibili) isolare una motivazione univoca<sup>41</sup>.

37 Tribunale di Lanciano del 6/12/2005 in *Giur. comm.*, 2007, I, 131 ss.

38 G. CONTE, *Causa e motivi*, in *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011, 180.

39 CONTE, *op. cit.*, 183; ROPPO definisce la causa concreta come: "ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano", *Il contratto*, Milano, 2011, 364; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 52 ss.

40 Sul punto v. G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e Impresa*, 2012, 1201 che richiama tra le altre, Cass. n. 10490 dell'8/5/2006; recentemente Cass. S.U. n. 1521 del 23/1/2013 che riguardo al concordato preventivo ha stabilito che la causa concreta di detto istituto deve essere intesa come "obiettivo specifico perseguito dal procedimento" e che essa "non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori", in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

41 CAPALDO, *op. cit.*, 124 ss.; sull'astrattezza della causa nei *domestic currency swap* osserva la dottrina "[c]i sembra, in proposito, che la causa del contratto di swap possa essere unitariamente ricostruita e intesa a prescindere dalle diverse funzioni che sostanzialmente la stipulazione assolve, che degradano al rango di motivi, moventi del soggetto agente. Così,

In altre parole: “non pare esistere una nozione tipica del contratto capace di consentire una verifica sulla sussistenza in concreto della sua causa propria”<sup>42</sup>.

Il rilievo non pare determinante perché la mancanza di un’astratta finalità univoca non può ostacolare un controllo da parte del giudice sulla causa del contratto<sup>43</sup>.

Il problema è davvero molto ampio ed è anche di particolare rilievo sistematico. Sotto il profilo applicativo - ci pare - esso apre al dibattito su quale spazio di applicazione occupa il vaglio della causa nel sistema dei rimedi nel nostro ordinamento: se da un lato, un “concetto di causa”, impiegato come “*ratio decidendi*”, può “rivelarsi sfuggente”<sup>44</sup>, dall’altro “le vecchie categorie stentano a regolare i fenomeni nuovi” e “occorrono un metodo e tutele più efficienti sul piano dell’atto e del rapporto”<sup>45</sup>.

## VI. Sul favore accordato dalla giurisprudenza ai soli *swap* di copertura

Per quel che rileva in questa sede, e per evitare di essere sviati dall’obbiettivo che ci si è prefissati di comparazione tra assicurazione e alcuni prodotti finanziari derivati, è opportuno concentrarsi su di uno specifico profilo del dibattito richiamato nel paragrafo che precede.

Posto che è possibile per l’interprete vagliare la causa del derivato, emerge dalla lettura delle decisioni poco sopra richiamate, una dicotomia tra derivati di copertura, meritevoli, e derivati speculativi, non meritevoli<sup>46</sup>.

---

in particolare, non è dato di articolare la stipulazione in tanti sottotipi quante sono le finalità perseguite con il contratto: in particolare di distinguere, sul piano causale, tra uno swap con funzione speculativa ed uno swap con funzione di copertura dei rischi di cambio”, M. COSSU, *Domestic currency swap e disciplina applicabile ai contratti su strumenti finanziari. Brevi noti sul collegamento negoziale*, in *BBTC*, 2006, II, 170 s.; PISAPIA, *op. cit.*, 246.

42 PERRONE, *op. cit.*, 285. Pragmaticamente, osservava anni fa un giornalista americano: “[a] derivative is like a razor. You can use it to shave yourself.... Or you can use it to commit suicide” JAMES MORGAN citato da P. L. BERNSTEIN, *Against The Gods*, New York, 326; per un’articolata critica che, in modo condivisibile, distingue tra tipo e causa, v. TUCCI, *op. cit.*, 86 ss.

43 GAZZONI rileva come la causa del contratto “va ravvisata avuto riguardo ai concreti interessi che i privati intendono perseguire con la concreta operazione economica”, *op. cit.*, 811.

44 MAFFEIS, *Le stagioni dell’orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, *cit.*, par. 4.5.

45 VETTORI, *op. cit.*, 1204.

46 “Il contratto di “Interest Rate Swap”, sottoscritto da un imprenditore in relazione ad un mutuo a tassi variabili da questi stipulato, è negozio aleatorio dotato di una funzione assicurativa che impedisce di ritenerlo privo di causa. Viceversa, se stipulato a mero scopo speculativo, al di fuori di tale funzione legata all’attività imprenditoriale, risulta assimilabile

Ciò ripropone una distinzione nota nel nostro ordinamento, maturata proprio all'interno dei contratti aleatori (cui la maggior parte dei derivati, inclusi i *cds* e gli *irs* può essere ascritta): “quando il rischio esiste *in rerum natura* ed il suo verificarsi è destinato a influire direttamente sul patrimonio di determinate persone, il contratto concluso per eliminare o ridurre le conseguenze pregiudizievoli dell'avverarsi di quel determinato evento (assicurazione), [...] è pienamente tutelato, in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, e proprio perché sono tali il premunirsi contro il pericolo di un danno eventuale, il garantirsi i mezzi necessari per il soddisfacimento di determinati bisogni, o l'evitare le incertezze insite in ogni processo produttivo.

Altrettanto non si può dire allorché il rischio viene creato artificialmente dalle parti, dato che l'affidare alla sorte il conseguimento di un determinato guadagno è socialmente improduttivo, quando non è addirittura dannoso”<sup>47</sup>.

È qui che il rapporto tra assicurazione e derivati si fa più stretto. Per alcuni, solo il derivato assimilabile, per finalità, all'assicurazione incontra il favore dell'ordinamento. Al contrario, lo *swap*, speculativo è una scommessa e come tale va trattata.

Sulla questione, ci paiono necessarie alcune puntualizzazioni: che la scommessa sia malvista dall'ordinamento è fatto acclarato. Su tutto, la scelta di offrire tutela attenuata e di permettere piena assistenza da parte dell'ordinamento solo in determinati casi (art. 1935 c.c.)<sup>48</sup>.

Tra questi - accettando la totale sovrapposizione tra derivati e scommesse - vi rientra anche l'attività svolta nei mercati finanziari dagli intermediari e dagli investitori (questi ultimi dai primi anche tutelati) intenzionati a speculare. Infatti, in quel contesto, assumersi rischi col solo intento di guadagnare è lecito, fintanto che - si intende - lo speculatore sia posto in grado di capire la portata delle proprie azioni e le conseguenze degli investimenti posti in essere.

alla scommessa”, così Tribunale di Lanciano del 6/12/2005, cit. Preme sottolineare che si tratta di affermazioni *incidenter tantum*, come rilevato da ROCCHIO, *op. cit.*, 117.

47 L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, art. 1933-1935, in *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA, Bologna Roma, 1959, 19 s.; più recentemente F. REALI, *Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal “rischio” e le scommesse atipiche*, in *Contratto e impresa*, 2007, 961 s.; GILOTTA, *op. cit.*, 153.

48 Così la Cassazione “[i]l richiamo al concetto di “puro azzardo” [...] conferma che l'inapplicabilità dell'art. 1933 c.c., nell'ambito della prestazione di un servizio di investimento concernente gli strumenti finanziari derivati, disposta dal D.Lgs. n. 415 del 1996, art. 18, comma 4, sta proprio a significare che l'attività degli intermediari finanziari non è assimilabile all'attività di una casa da gioco autorizzata e ciò proprio per l'esistenza di dettagliate disposizioni normative che impongono all'intermediario finanziario di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati”; sentenza n. 3773 del 17/2/2009.

L'accostamento *tout court* tra derivati di copertura come meritevoli e speculativi come non meritevoli appare come un sostanziale aggiramento dell'art. 23, comma V, tuf e corrisponde a disapplicare una regola sancita espressamente dal legislatore.

Si può condividere l'introduzione, ventilata da parte della dottrina, *de jure condendo*<sup>49</sup>, di una preclusione alla stipulazione di *swap* speculativi, oltre che per gli enti pubblici, anche per i privati, però questa è una scelta che prescinde dalla ricostruzione delle norme vigenti<sup>50</sup>.

---

49 G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1136.

50 In dottrina si è osservato come “l'eventuale intento speculativo è irrilevante, *rectius*, quale caratteristica essenziale dei contratti di borsa, passa in secondo piano rispetto alla funzione economico-sociale di investimento finanziario”, F. BOCHICCHIO, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 597.